

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 149 • Janeiro 2013



Celso de Mello | Ministro do STF

STF, GUARDIÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

Editorial: Legítimos defensores da dignidade nacional

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

www.todosnos.com.br



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

Jornal do Commercio

umário

Foto: Gil Ferreira/ASCOM/STF

8 Supremo Tribunal Federal Guardião da ordem constitucional

- 5 Editorial: *Legítimos defensores da dignidade nacional*
- 20 O Exército Brasileiro e seu processo de transformação
- 22 Crianças e adolescentes: competência de todos
- 34 O consórcio e a prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros
- 38 Linguagem e justiça
- 42 Dom Quixote: *“Abismo social no Brasil é quase intransponível”*
- 44 Em foco: *Delação premiada e barganha causam polêmica no mundo jurídico*
- 48 Visão e visões
- 50 Ensaio sobre o comércio à distância e o direito do consumidor
- 54 A judicialização e as operadoras de planos de saúde
- 59 Ponderações acerca dos contratos de assistência funerária no direito brasileiro
- 64 I Prêmio Dom Quixote de Jornalismo
- 66 Mérito à Justiça & Cidadania

Foto: TST

- 14 Poder disciplinar da entidade de prática desportiva e a Justiça do Trabalho

Foto: Arquivo pessoal

- 28 Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais



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

Conselho Editorial

Bernardo Cabral
Presidente

Orpheu Santos Salles
Secretário

Adilson Vieira Macabu

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

Cláudio dell'Orto

Dalmo de Abreu Dallari

Darci Norte Rebelo

Edson Carvalho Vidigal

Eliana Calmon

Ellis Hermydio Figueira

Enrique Ricardo Lewandowski

Erika Siebler Branco

Ernane Galvêas

Eros Roberto Grau

Fábio de Salles Meirelles

Fernando Neves

Gilmar Ferreira Mendes

Henrique Nelson Calandra

Humberto Martins

Ives Gandra Martins

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 de Souza

Tiago Salles

Legítimos defensores da dignidade nacional



Foto: Sandra Fado

O julgamento do Mensalão, além de elevar o conceito e a respeitabilidade da Suprema Corte, fundamentada pelos princípios republicanos definidos na Constituição Federal, também resultou no ganho da admiração e no respeito que a Instituição granjeou perante a unanimidade da população brasileira, sobejamente demonstrada pela grande popularidade dos membros da Corte, principalmente o Ministro Joaquim Barbosa.

A atuação judicante dos ministros, todos, esmiuçando detalhadamente os volumosos autos, foi extremamente eficiente, técnica, processualista e jurídica. Não há que se reportar ao erro ou desvio de ação e de conduta.

O grande participante do julgamento, indiscutivelmente, foi o Relator, Ministro Joaquim Barbosa. Sua atuação foi brilhante, agressivo ante os fatos criminosos relatados, convicto das acusações que fazia e na defesa dos princípios na imputação dos crimes praticados pelos acusados.

A atuação do Ministro Ricardo Lewandowski, correspondeu ao papel que lhe incumbia como Revisor, desenvolvendo um trabalho que deu destaque ao contraditório constitucional. Defendendo com intransigência a sua posição, lastreada na lei e na lógica processualista. Enfim, cumpriu a bom termo a condição de Revisor da peça acusatória.

Os advogados cumpriram, com rigor e competência, o compromisso e dever profissionais na defesa de seus clientes, sendo, quem merecia, excluído do processo ou inocentado e absolvido.

Os princípios adotados pela Revista, de defesa do Poder Judiciário e da Magistratura, nos impele a replicar aos que, escudados em altos cargos da República e entidades de classe, talvez por ignorância ou até por equívoco, para não desmerecê-los, se insurgem, debatem e extravasam com palavreado insolente, irresponsável e impróprio contra a majestade do Supremo Tribunal Federal, na tentativa suicida de defender, por corporativismo, os companheiros de desventura que foram condenados por pilhagem e uso de dinheiro público em malfeitos ilegais.

Ao resultado do julgamento do Mensalão no Supremo Tribunal Federal, no seu final, aplica-se o velho brocardo jurídico, principalmente por emanado na última instância, sem mais possibilidade de recursos – “sentença não se discute, cumpre-se”.

Foi constrangedor, pela dignidade, compostura e moralidade devidas por ética ao *múnus público*, constatar,

no decorrer do processo, os tristes acontecimentos da inominável corrupção, descrita com provas irrefutáveis, mostrando às escâncaras os deslizos e o locupletar de dinheiros praticados abertamente contra a administração federal, arrostando políticos que até então eram mercedores de admiração e respeito pelas lutas que empreenderam, inclusive com armas contra o governo ditatorial em prol da redemocratização do País; personagens que, em passado recente, pagaram muito caro pela oposição que fizeram. Muitos curtiram exílio prolongado; outros, prisões por anos seguidos, além de sofrerem sórdidas violências.

Com a anistia, alguns ganharam condições de participar da vida pública. Entretanto, com as acusações dos comprovados malefícios, apesar da invocação do louvor e até do heroísmo, tiveram o dissabor de serem inquinados, em um pronunciamento da Ministra Rosa Weber, em razão da comprovação dos malfeitos de corrupção, com o triste libelo: “o passado de heroísmo não repara os atos de corrupção praticados”.

No processo do Mensalão, vale ressaltar a ação e o posicionamento do Ministério Público, com a relevante e minuciosa denúncia formulada pelo então Procurador Geral, Antônio Fernando de Souza, endossada magnificamente pela peça oratória da acusação produzida com minúcia de detalhes e provas pelo eminente Procurador Geral, Roberto Gurgel, que proporcionou ao Relator, Ministro Joaquim Barbosa, esmiuçar no seu voto, nas mínimas particularidades criminosas apontadas de cada denunciado, a penalidade infringida que lhes cabia e ao Ministro Ricardo Lewandowski, na condição de Revisor, apresentar, às vezes com discordância, mas com descortino, firmeza e elaboração bem fundamentada, seus votos, com razoabilidade, denodo e mesmo até com coragem, como justifica o Ministro Celso de Mello o voto vencido.

O julgamento do “Mensalão” constitui-se inegavelmente em um marco histórico que abre para o Brasil, desde agora e para o futuro, a perspectiva de um significativo marco institucional, pela afirmação do Estado Democrático de Direito que vivenciamos e pelo princípio da existência da igualdade de todo brasileiro perante a lei.

A realização do feito perante o STF trouxe a mobilização da opinião pública nesses meses, quando, com plena e absoluta transparência, foi mostrado através da televisão, o devido respeito à lei penal e aos preceitos constitucionais, exibindo os ministros se dedicando ao exaustivo trabalho de julgar o maior escândalo político da história do Brasil.

O resultado final do julgamento produzirá efeitos penais, com os quais todos os brasileiros sentir-se-ão orgulhosos, face a representatividade de um passo importante que resgata o Brasil do atraso institucional histórico representado pela chaga infamante da impunidade dos poderosos.

Torna-se oportuno ressaltar que o já histórico julgamento do “Mensalão” conseguiu provocar o despertar de uma consciência cívica na população, que nos últimos anos vinha sendo mantida em estado letárgico graças a uma hábil e deliberada manipulação do sentimento popular, em passividade ante as transgressões dos princípios republicanos, o que motivou, com o desenrolar do julgamento do Supremo e com os votos didáticos e esclarecidos dos ministros, o posicionamento da sociedade brasileira sobre o destino que merecem os poderosos que se julgam acima da lei.

Os ministros que compõem a alta Corte, no laborioso desempenho realizado nesse memorável julgamento, que se tornou histórico pela excepcional condição de condenar e levar para a cadeia renomadas personalidades públicas que se julgavam acima da lei, cometendo atos de improbidade administrativa e corrupção, conspurcando o exercício de cargos que obtiveram através da política, se impuseram, com a fundamentação das acusações e de seus votos prolatados, como legítimos defensores da dignidade nacional.

Pela importância e pelo sentido pejorativo e asqueroso das ações atribuídas aos referidos delinquentes e safardanas do “Mensalão”, vale repetir algumas das desairosas e pejorativas críticas que lhes aplicou o decano do Supremo Tribunal Federal, para que fiquem aquilatadas, de forma absoluta, as ações abjetas e os atos desqualificados praticados contra a dignidade e a moralidade pública pelos infelizes condenados pela justiça.

Segundo ele, o “Mensalão” foi um verdadeiro assalto à administração pública, chamando os parlamentares de “marginais do poder”. Para o ministro, foram comprovados os crimes de corrupção passiva, formação de quadrilha e lavagem de dinheiro, cometidos pelos réus ligados ao PP, PL (atual PR), PTB e PMDB. Esse quadro de anomalia revela as gravíssimas consequências que derivam dessa aliança profana entre corruptos e corruptores, desse infiel e indigno grupo de agentes corruptores, tanto público quanto privados, e de parlamentares corruptos, em comportamentos criminosos devidamente comprovados, que só fazem desqualificar e desautorizar a situação desses marginais do poder.

Para Celso de Mello, a corrupção é um gesto de “perversão” contra a lei e contra a ética. O ministro lembrou que o crime tem um alto custo social, desviando recursos que iriam para pontes, hospitais e escolas. Para Celso de Mello, não há justificativa para a corrupção, especialmente quando os réus têm posição de destaque na administração pública.

A conduta dos réus, notadamente daqueles que ostentam ou ostentaram funções de governo, não importando se nos Poderes Legislativo ou no Executivo,

maculou o próprio espírito republicano. Em assunto do Estado e de governo, nem o cinismo, nem o pragmatismo, nem a ausência do senso ético, nem o oportunismo podem justificar, quer juridicamente, quer moralmente, quer institucionalmente, práticas criminosas, como a corrupção parlamentar ou as ações de corrupção de altos dirigentes do Executivo ou de agremiações partidárias.

O ministro comparou o parlamentar que vende seu voto ao juiz que vende sentença, “a corrupção compromete a integridade dos valores que forma a ideia da República e afeta o princípio democrático. O ato de corrupção é um gesto de perversão da ética do poder e da ordem pública. Esses atos significam tentativa imoral e ilícita de manipular criminosamente à margem do sistema constitucional e do processo democrático”, acrescentou.

“O ato de corrupção constitui um gesto de perversão da ordem. E isso reflete no próprio sistema jurídico que entre nós prevalece, porque se impõe a todos os cidadãos da República um dever muito claro: que o Estado brasileiro não tolera o poder que corrompe e nem admite o poder que se deixa corromper. Esse processo revela a face sombria daqueles que, no controle do aparelho do Estado, transformam a cultura da transgressão em prática ordinária e desonesta do poder”.

É oportuno consignar o constrangimento que traz a publicação como matéria de capa dessa edição de outro voto proferido pelo decano do STF, esse sobre a perda de mandato dos parlamentares condenados na AP 470. O editor que cultua a ética, a moralidade, a dignidade e o respeito às instituições lamenta o ocorrido com membros do Poder Público, principalmente de alguns envolvidos na trama, que mereceram a sua estima e admiração pelo passado de atitudes cívicas e gloriosas.

Também vale exaltar a atitude republicana da Presidente Dilma Rousseff, ao declarar: “Como Presidenta da República não posso me manifestar sobre decisões do Supremo Tribunal Federal. Acato suas sentenças, não as discuto. O que não significa que alguém neste mundo de Deus esteja acima dos erros e das paixões humanas”. Como igualmente se manifestaram pelo cumprimento das decisões do Supremo, o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo; o governador do Rio Grande do Sul, Tarso Genro e o prefeito de São Paulo, Fernando Haddad.



Orpheu Santos Salles
Editor

Supremo Tribunal Federal

Guardião da ordem constitucional

Voto proferido pelo ministro Celso de Mello, no julgamento da perda de mandato dos parlamentares condenados na AP-470

“Em meu voto, Sr. Presidente (Joaquim Barbosa), e eu não vou lê-lo na íntegra, mas vou procurar resumir-lo nos pontos que precisam ser abordados, discuto inicialmente a questão das antinomias, na perspectiva da teoria do ordenamento jurídico, sabendo que os postulados que o formam assentam-se na premissa fundamental de que este ordenamento, além de uma unidade, conforme observa Bob, também constitui um sistema. Razão pela qual as normas que o compõem devem manter entre si um vínculo de essencial coerência.

A concepção sistêmica do ordenamento jurídico impõe que se reconheça, desse modo, a necessidade de que haja uma situação de coexistência harmoniosa entre as prescrições normativas que integram a estrutura em que ele se acha formalmente positivado. Discuto e ponho em destaque a matéria pertinente ao reconhecimento de que a existência de espaços de tensão dialética entre regras constitucionais pode gerar situações de conflituosidade, de antagonismo. E há necessidade que se superem esses conflitos antitéticos mediante critérios que repousam, basicamente, nos princípios da unidade da Constituição e da concordância prática entre as regras em colidência ou em situação de antinomia, situação essa que, sabemos todos, pode ser total ou parcial. É preciso colocar portanto, ênfase, Sr. Presidente, na exegese conciliadora apoiada na ponderação concreta entre bens e valores em antagonismo, de ordem a afastar, em casos de situação limite, até mesmo a interpretação abrogante, considerados os efeitos radicais que dela decorre.

Sob tais aspectos, a proposta formulada pelo eminente ministro Gilmar Mendes apresenta, também ao meu juízo, solução extremamente fiel às técnicas interpretativas já adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em temas de antinomias, que tanto comprometem o essencial ordenamento do desenvolvimento positivo e de lacunas que atingem a completude do sistema normativo e que permitem superar a antinomia existente entre os artigos 15, III, e 55, VI, e seu § 2º.

Prestigia, neste processo hermenêutico, valores fundamentais que se expressam nas ideias de ética pública e de moralidade administrativa; confere sentido de maior racionalidade aos preceitos constitucionais em questão, preservando a integridade de valores funcionais importantes como os postulados da isonomia da forma republicana de governo, da moralidade pública e da probidade; afasta e dissipa perplexidades, como aquelas que resultam da comparação entre condenações transitadas em julgado e simples condenações civis por improbidade administrativa que provocam a perda automática do mandato representativo a ser meramente declarada pela mesa da Casa respectiva, ou que se referem à aplicação da Lei da Ficha Limpa, que impõe a sanção da inelegibilidade a candidatos condenados, mesmo sem trânsito em julgado, por atos dolosos de improbidade administrativa com a cassação do registro de candidatura ou do diploma do candidato do que resultará como efeito consequencial a própria perda do mandato legislativo, se neste já investido



Ministro do STF Celso de Mello

“Inadmissível contudo o comportamento de quem, demonstrando não possuir o necessário senso de institucionalidade, proclama que não cumprirá uma decisão transitada em julgado emanada do STF, que, incumbido pela própria Assembleia Constituinte de atuar como guardião da ordem constitucional, tem o monopólio da última palavra em matéria de interpretação da Constituição.”

o candidato inelegível; ou que dizem respeito às hipóteses de condutas vedadas, relacionadas às disputas eleitorais, cuja prática autoriza nos termos da Lei 9.504 de 1997, artigos 73 a 78, além das eleições, invalidar também a candidatura e a diplomação com a consequente perda do mandato beneficiado por atos ilícitos, que tanto afetam a normalidade e comprometem a legitimidade das eleições.

Também com essa interpretação, protege-se a integridade do mandato parlamentar submetendo inteiramente a sua cassação, nas hipóteses previstas no parágrafo 2º, ao controle político da casa legislativa respectiva em caso de condenação por infrações criminais de menor potencial ofensivo sem prejuízo de outra importantíssima prerrogativa constitucional do Congresso Nacional, consistente na possibilidade do Poder Legislativo da União suspender a tramitação de processos penais, ainda em curso perante o STF, quando se tratar de crimes alegadamente cometidos após a diplomação.

Essa, na verdade, foi uma regra estabelecida pelo constituinte originário no processo constituinte de 1987/88, mas ela nos foi legada pelo regime militar, que não permitia ao Congresso Nacional sustar (era o termo por eles utilizado) a tramitação de processo penal em andamento perante esta Corte. Manteve-se essa mesma disposição na atual Constituição, mas limitada unicamente aos delitos praticados após a diplomação.

Havia, e todos nós sabemos, um duplo controle político do Parlamento brasileiro sobre os processos penais instaurados perante o STF. Inicialmente, cabia à casa legislativa interessada conceder ou não licença, que atuava como verdadeira condição de procedibilidade para efeito de instauração do processo penal condenatório perante o STF. Suprimiu-se essa garantia parlamentar formal de tal modo que hoje é lícito instaurar-se um processo condenatório independente de prévia licença, mas ainda permanece nas mãos do Parlamento brasileiro esse controle funcional de poder sustar o andamento nesta Corte de processo criminal por infração penal cometida após a diplomação. Restringe também a perda do mandato parlamentar como efeito extra penal, direto e imediato, resultante da condenação criminal com suporte no artigo 92, inciso I, do Código Penal, na redação dada pela Lei 9.268, nos casos de condenação por tempo igual ou superior a um ano, por crimes cuja configuração típica encerre como dado elementar do tipo penal a improbidade administrativa, identificada e presente, por exemplo, nos crimes contra a administração pública, tais como os delitos de peculato, de corrupção ativa, de corrupção passiva, dentre muitos outros, e condenação por mais de quatro anos por crimes cujo tipo penal não compreendem a improbidade administrativa como elementar da descrição típica, mas cuja gravidade revelada pela própria severidade da pena (mais de quatro anos) inviabilize, por razões éticas, o exercício do mandato. Em tais hipóteses, a perda do mandato parlamentar, deve ser expressamente estabelecida em decisão judicial fundamentada – e daí a observação que já fizera em 1995 o eminente ministro Marco Aurélio ‘aconselhável seria também a previsão do próprio título criminal – que indique as razões extraordinárias para que ela possa, então transitada em julgado, compor o próprio título penal condenatório. Porém, em tais hipóteses, a perda do mandato parlamentar, expressamente estabelecida em decisão judicial juramentada resultará na suspensão dos direitos políticos causada diretamente pela condenação criminal do congressista transitada em julgado, cabendo à Casa Legislativa a qual vinculado o parlamentar condenado meramente declarar esse fato extintivo do mandato parlamentar nos termos do parágrafo 3º do artigo 55 da Constituição Federal. Essa exegese também, Sr. Presidente, permite definir o campo de incidência do artigo 55, inciso VI, Parágrafo 2º da Constituição Federal que se aplicará aos demais casos de condenação penal, reconhecendo-se que a privação dos direitos políticos gerada pela condenação criminal irrecorrível terá sua eficácia suspensa até que sobrevenha deliberação parlamentar de cassação do mandato nos termos do parágrafo 2º, artigo 55 da Constituição Federal pela Casa Legislativa a que estiver vinculado o congressista sentenciado.

Daí, Sr. Presidente, a conclusão a que chegou em seu douto voto o eminente ministro Gilmar Mendes quando destaca que a interpretação proposta afirma que, nos casos mencionados – improbidade administrativa contida no tipo penal e condenação a pena privativa de liberdade pelo período de quatro anos –, a suspensão dos direitos políticos poderá ser decretada pelo Judiciário com a consequente perda do mandato eletivo.

Por outro lado, permanece com as Casas Legislativas o poder de decidir sobre a perda do mandato em diversas outras hipóteses de condenação criminal não abrangidas pela interpretação proposta especialmente quanto às infrações penais de menor potencial ofensivo. Desse modo, para as hipóteses em que a Casa Legislativa decidirá sobre a perda do mandato deve-se admitir a possibilidade de a decisão preservar o mandato parlamentar e até mesmo se a omissão do Parlamento significar a manutenção do mandato.

Uma interpretação que harmonize de forma adequada o disposto no artigo 15, inciso III, com a previsão do artigo 55, inciso VI, parágrafo 2º, ambos da Constituição Federal deve entender que, quanto aos crimes cujas condenações não produzem, não causem, não gerem a perda automática do mandato parlamentar em razão de a perda do mandato parlamentar depender de deliberação da Casa Legislativa, a eficácia de suspensão dos direitos políticos decorrente da decisão judicial estará condicionada à manifestação de idêntico sentido da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conforme o caso.

Isso, porque não se pode vislumbrar o exercício do mandato parlamentar por aquele cujos direitos políticos estejam suspensos. Assim, nos casos em que à Casa Legislativa (Senado ou Câmara) incumbir a decisão sobre a perda do mandato, a suspensão dos direitos políticos será um ato complexo dependente das reuniões do Poder Judiciário, sentença criminal condenatória transitada em julgado com a vontade da Casa Legislativa respectiva nos termos do artigo 55, inciso VI, e Parágrafo 2º da Constituição Federal. Assim, preservam-se a unidade e a lógica do sistema, bem como a força normativa dos dispositivos funcionais envolvidos.

Essa distinção, portanto, Sr. Presidente, permite que remanesçam as esferas da Casa Legislativa para os fins e efeitos a que se refere o parágrafo 2º do artigo 55 da Constituição da República. Remanesçam aqueles casos em que o crime pelo qual foi condenado o parlamentar não contenha como elementar típica do tipo penal o ato de improbidade administrativa, ou naquelas outras hipóteses, em que não existindo esta elementar do tipo penal, a severidade da pena superior a quatro anos de perda de liberdade inviabilize, por razões de natureza ética, o próprio exercício do mandato legislativo, ressalvadas essas duas hipóteses em que a perda do mandato pode ser decretada pelo Poder Judiciário em decisão fundamentada e transitada em julgado e com apoio

do artigo 92, inciso I, do Código Penal. Nas demais hipóteses, então, observa-se a reserva de parlamento e aí poderá a Casa Legislativa interessada proceder na forma do Parágrafo 2º, artigo 55 do Constituição Federal.

E para obviar uma situação que poderia parecer conflitante, afinal, se da condenação criminal transitada em julgado resulta a suspensão dos direitos políticos, nós teríamos então parlamentares privados dos direitos de cidadania exercendo mandatos. Reconhecendo-se que haveria uma conjugação de vontades, um ato complexo, a privação da cidadania ficaria suspensa condicionalmente até que sobreviesse a deliberação parlamentar, uma vez que não teria sentido que alguém privado da cidadania desde logo pudesse exercer mandato parlamentar ou nele investir-se.

Nesse sentido, portanto, Sr. Presidente, eu acompanho Vossa Excelência, quando Vossa Excelência, na parte dispositiva, reconhece que um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado consiste precisamente na suspensão dos direitos políticos e a posse plena dos direitos políticos atua como um pressuposto legitimador não só do exercício do mandato, mas até mesmo da investidura em mandato eletivo e sobre esse aspecto, na verdade, o voto de Vossa Excelência coloca em destaque um dado que é muito interessante, todas as constituições do Brasil, todas, sem qualquer exceção, desde a Carta política do Império até a vigente Constituição Republicana sempre atribuíram à condenação criminal a privação da cidadania.

A própria Carta Imperial no seu artigo 8º, inciso II, dizia o seguinte: ‘suspende-se os direitos políticos por sentença condenatória à prisão ou a degredo enquanto durarem os seus efeitos’. E, a partir da República, uma regra como essa, embora não limitada mais à condenação da pena privativa da liberdade, foi mantida até hoje, como, por exemplo, no atual artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

É por isso mesmo que, sob a égide da Carta Imperial, o grande constitucionalista do Império, José Antônio Pimenta Bueno, o Marquês de São Vicente, na sua clássica obra sobre a análise da Constituição do Império fazia a seguinte observação ‘no caso de sentença condenatória à prisão ou a degredo, enquanto durarem os seus efeitos seria inconsequente combinar o cumprimento da pena com a intervenção do réu no regime político da sociedade’. E completava ‘os que não têm o direito de votar, ou, por outra, os que não gozam dos direitos políticos, certamente não podem ter um direito ainda maior como é o direito de ser membro de alguma autoridade eletiva nacional ou local ou de intervir na nomeação dela’.

E não é por outra razão que a própria Constituição da República hoje em vigor define o pleno exercício dos direitos políticos como inafastável condição de inelegibilidade, é o que diz o artigo 14, parágrafo 3º, inciso II, da Constituição. Mas é importante assinalar, Sr. Presidente, considerado o



Ministro do STF Celso de Mello

douto voto que Vossa Excelência proferiu que delas consta que esse aspecto foi precisamente considerado, ponderado e Vossa Excelência então identifica, como eu também o faço, na condenação criminal transitada em julgado uma causa geradora da suspensão dos direitos políticos.

Isso constitui fato extintivo, gera a extinção do mandato como os crimes de improbidade administrativa, tais com os delitos contra a administração pública e naquelas hipóteses de condenação por crimes outros em que for aplicada a pena privativa da liberdade por tempo superior a quatro anos. Nestas duas hipóteses, Sr. Presidente, a perda do mandato é uma consequência direta e imediata da suspensão dos direitos políticos causada pela condenação criminal transitada em julgado.

Neste caso, a Casa Legislativa a qual pertença o congressista procederá nos termos do parágrafo 3º, artigo 55 da Constituição meramente declarando esse fato extintivo já reconhecido e integrado ao próprio título penal condenatório e nos demais casos pelas normas contidas no parágrafo 2º e artigo 55 da Constituição, competindo, aí sim, uma decisão sobre a perda do mandato à Casa Legislativa a qual pertencer o congressista nomeado e a Casa então, por votação secreta e maioria absoluta, poderá cassar aquele mandato ou, simplesmente não alcançada a maioria absoluta, tornar intacto esse mesmo mandato parlamentar.

E, antes de encerrar esse meu voto, Sr. Presidente, eu desejo fazer um outro registro motivado por declarações que parecem fazer reviver episódios lamentáveis ocorridos na primeira década republicana e posteriormente no quadriênio do presidente e marechal, Hermes de Fonseca, em que a Presidência da República, ao não cumprir decisão do Supremo Tribunal Federal, agindo em manifesto desacato a uma sentença, entendeu de modo esdrúxulo, arbitrário e inconstitucional que os seus critérios, pensamentos e deliberações deveriam prevalecer sobre os critérios, pensamentos e deliberações da Suprema Corte manifestados em decisão revestida da autoridade da coisa julgada em sentido material.

Reações corporativas ou suscetibilidades partidárias associadas a um equivocado espírito de solidariedade não podem justificar afirmações politicamente irresponsáveis e juridicamente inaceitáveis de que não se cumprirá uma decisão do Supremo Tribunal Federal revestida da autoridade da coisa julgada. As partes interessadas, ninguém o ignora Sr. Presidente, quer se trate do Ministério Público, de todos ou de cada um dos réus, sempre poderão valer-se dos meios processuais destinados a provocar o reexame da matéria se e quando atendidos os requisitos legais.

Inadmissível contudo o comportamento de quem, demonstrando não possuir o necessário senso de instituciona-

lidade, proclama que não cumprirá uma decisão transitada em julgado emanada do STF, que, incumbido pela própria Assembleia Constituinte de atuar como guardião da ordem constitucional, tem o monopólio da última palavra em matéria de interpretação da Constituição. Mais grave se afigura ainda tal afirmação se se tiver presente que o julgamento do STF a ser cumprido pelo efeito de sua própria autoridade consubstancia-se em decisão transitada em julgado.

Não se pode ignorar a íntima relação que há entre a coisa julgada material e a concepção mesma de Estado Democrático de Direito tal como o assinala o magistério da doutrina a significar que gestos que marcam a transgressão da coisa julgada e espelham o próprio significado da ordem democrática que representam o fundamento por excelência da República.

Cabe destacar e reconhecer desse modo, diante do contexto em questão, que assume o papel de essencial importância a interpretação derivada das decisões proferidas pelo STF, que, como guardião da Constituição, tem o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da lei fundamental como tem sido assinalado com ênfase, em outros casos, pela jurisprudência dessa Corte Suprema.

Menciono o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no RE 203948, em que foi relator o eminente ministro Gilmar Mendes, 'a interpretação do texto do Supremo deve ser acompanhada pelos demais tribunais do país, a não observância das decisões desta Corte debilita a força normativa da Constituição'. Não se pode minimizar o papel do Supremo Tribunal Federal e de suas decisões em matéria constitucional pois tratam-se de decisões que solidificam o próprio texto da Constituição.

É preciso ter em perspectiva que, em sede de fiscalização, de interpretação constitucional, o exercício jurisdicional do poder de controle destinado a preservar a supremacia da Constituição põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo, compreendendo a expressão política como no seu sentido helênico, como apropriadamente a ela se referiu certa vez nessa Corte a eminente ministra Carmem Lúcia, pois no processo de indagação constitucional reside a magna conquista outorgada a esta Corte de definir os limites das competências estatais, de determinar o alcance das decisões governamentais e de decidir sobre a própria substância do Poder. Ruy Barbosa definiu, com precisão, o poder de nossa Corte: 'em todas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar'. O Supremo Tribunal Federal, senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último. A alguém deve ficar o direito de decidir por último. De dizer alguma coisa que deva ser considerada como erro ou como verdade.

Por isso, Sr. Presidente, cabe assinalar que deve haver a submissão de todos nós, particulares, servidores civis, chefes de estado, militares ou dirigentes políticos ao império das decisões judiciais, especialmente aquelas que, emanadas do STF, já transitaram em julgado. Essa submissão incondicional constitui o exemplo mais veemente de que ainda continuam a prevalecer neste país os postulados essenciais e inerentes ao Estado Democrático de Direito. Esse é o domínio natural de atuação dos juízes e tribunais, a interpretação do Direito e da Constituição. Se vivemos hoje essa sociedade livre e aberta de intérpretes da Constituição não podemos deixar de reconhecer, e aqui enfatizo uma vez mais Ruy Barbosa, de que cabe ao STF o monopólio da última palavra em matéria de interpretação constitucional. Eventual interpretação desfavorável das normas jurídicas pelos tribunais não pode ser invocada seja pelo Legislativo, seja pelo Executivo, como eventual ato ofensivo da separação de poderes.

No contexto de insurgência dos poderes Legislativo e Executivo contra decisões do Supremo impõe-se uma única e possível opção: o fiel e estrito cumprimento da decisão transitada em julgado. A insubordinação legislativa ou executiva ao comando emergente de uma decisão judicial, não importa se é do Supremo ou de um magistrado de primeiro grau, revela-se comportamento intolerável, inaceitável e incompreensível. Qualquer autoridade pública que descumpra uma decisão desta Corte transgredir a própria ordem constitucional e expõe-se aos efeitos de uma dupla e inafastável responsabilidade: a responsabilidade penal, possivelmente do artigo 319 do Código Penal, a responsabilidade político-administrativa e a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa com todas as gravíssimas consequências estabelecidas no parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição da República. Menciono ainda, Sr. Presidente, que a extrema gravidade da conduta de desobediência que está a ser anunciada é inconcebível em plena vigência do Estado Democrático de Direito.

É inadmissível que altas autoridades do país possam descumprir e anunciar que descumprirão uma decisão irrecorrível tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Com essas considerações, Sr. Presidente, e pedindo vênias aos magníficos votos dos ministros desta Corte e que sustentam tese oposta acompanho o voto de Vossa Excelência na parte dispositiva, considerados os fundamentos que dão suporte a este meu voto. Nesse sentido é como me pronuncio. ”



Leia a íntegra do voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes sobre o mesmo tema.

Poder disciplinar da entidade de prática desportiva e a Justiça do Trabalho

Alexandre Agra Belmonte

Ministro do TST
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho

Obrigações das partes no contrato de trabalho desportivo

O contrato especial de trabalho desportivo gera, para as partes envolvidas, deveres recíprocos. Para a entidade desportiva, entre outros, os de proporcionar ao atleta as condições necessárias à participação nas competições desportivas, treinos e outras atividades; de submetê-los a exames médicos e clínicos necessários à prática desportiva; de contratar de seguro de acidentes do trabalho; de registrar o contrato de trabalho na entidade de administração nacional da modalidade desportiva; de pagar em dia o salário, com os acréscimos ajustados.

Quanto ao atleta profissional, tem, em relação à entidade de prática desportiva, sua empregadora, os deveres gerais de obediência, diligência e fidelidade.

O dever de obediência decorre da subordinação, cabendo ao trabalhador seguir as diretrizes e cumprir as ordens necessárias à execução do contrato.

O dever de diligência consiste no cumprimento das tarefas com o esforço para executá-las com o necessário cuidado, exatidão e rendimento qualitativo que o empregador, legitimamente, pode esperar do empregado.

O dever de fidelidade diz respeito ao caráter ético da relação, exigindo-se do trabalhador conduta honrada, caracterizada pela retidão no agir, direcionada ao fiel cumprimento das obrigações inerentes ao contrato e ao necessário sigilo.

Além desses deveres gerais, inerentes a todo e qualquer empregado, consideradas as peculiaridades da relação trabalhista desportiva, são deveres específicos do atleta profissional, nos termos do art.35 da Lei nº 9615/98, com a redação dada pelas Leis nºs. 9.981/2000, 10.672/2003 e 12.395/2011:

I - participar dos jogos, treinos, estágios e outras sessões preparatórias de competição com a aplicação e dedicação correspondentes às suas condições psicofísicas e técnicas;

II - preservar as condições físicas que lhes permitam participar das competições desportivas, submetendo-se aos exames médicos e tratamentos clínicos necessários à prática desportiva;

III - exercer a atividade desportiva profissional de acordo com as regras da respectiva modalidade desportiva e as normas que regem a disciplina e a ética desportivas.

Efeitos do descumprimento das obrigações das partes em relação ao contrato de trabalho desportivo

O descumprimento das obrigações inerentes ao contrato gera, para o atleta profissional, o direito de exigir o seu correto cumprimento ou, se preferir, de postular a sua resolução, se incidentes uma das hipóteses previstas no art. 482, da CLT (art. 28, §5º, IV), entre elas o inadimplemento salarial (art.28, §5º, III).

Observe-se que, nos termos do art. 31, §1º, da Lei nº 9.615/98, são entendidos como salário, para efeitos do previsto no *caput*, o abono de férias, o décimo terceiro salário, as



gratificações, os prêmios e demais verbas inclusas no contrato de trabalho. E que, conforme § 2º do citado dispositivo legal, a mora contumaz será considerada também pelo não recolhimento do FGTS e das contribuições previdenciárias.

Se o atleta optar pela resolução contratual culposa, incidirá a indenização prevista em cláusula compensatória desportiva (art.28, I, da Lei nº 9.615/98), no valor pactuado pelas partes quando da contratação (§1º, I e II do art.28). Tal cláusula também é devida nas hipóteses de dispensa imotivada (art.28, §5º, V).

Para a entidade desportiva, o descumprimento, pelo atleta profissional, das obrigações contratuais, gera o direito de fazer atuar o seu poder disciplinar.

Formas de atuação do poder disciplinar da entidade de prática desportiva

A respeito das formas de atuação do poder disciplinar pela entidade de prática desportiva, estatui a Lei Pelé que com o objetivo de manter a ordem desportiva e o respeito aos atos emanados de seus poderes internos, as sanções aplicáveis pelas entidades de administração do desporto e de prática desportiva são: advertência verbal, censura escrita, multa, suspensão, desfiliação ou desvinculação (art. 48). E, nos termos dos §§1º e 2º do mencionado dispositivo legal, que a aplicação das referidas sanções não prescinde do processo administrativo no qual sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa e que as

penalidades consistentes em suspensão e desfiliação ou desvinculação somente poderão ser aplicadas após decisão definitiva da Justiça Desportiva.

O que dispõe o art.48, supra referido, merece, no entanto, reflexão e adequada interpretação, posto que a aplicação literal pode levar a absurdas conclusões. A uma, porque para advertir, censurar ou suspender empregado, o empregador não precisa formar processo administrativo; a duas, porque desfiliação não é ato de competência da entidade desportiva e sequer é aplicável aos esportes coletivos, caso, por exemplo, do futebol.

A interpretação correta a ser extraída do citado art.48 é a de que tem por destinação referir-se a dois relacionamentos distintos: o trabalhista, atinente ao vínculo entre o atleta e o empregador (entidade de prática desportiva) e o desportivo, este entre o atleta e a entidade desportiva perante a entidade de administração do desporto.

No relacionamento trabalhista, as entidades de prática desportiva podem impor sanções por descumprimento de obrigações contratuais, sem maiores formalidades, não figurando entre elas, por óbvio, a desfiliação ou desvinculação, que foge às suas atribuições.

Quanto ao processo administrativo prévio à **imposição de sanções desportivas**, é exigível somente para as entidades de administração do desporto como condição de julgamento das transgressões à disciplina desportiva e competições (art. 50).

Enfim, as sanções que as entidades de prática podem impor, entre as previstas no art. 48, **são a** advertência, censura escrita, multa e suspensão, sendo a Justiça do Trabalho o foro competente para apreciar eventuais abusos na aplicação dessas penalidades.

Por fim, não se esgota nas sanções previstas no art.48 as hipóteses de penalidades disciplinares, eis que a entidade desportiva, insatisfeita com o comportamento do atleta, também pode, independentemente de prévio processo administrativo, despedi-lo por justa causa, na aplicação subsidiária da CLT, art. 482, aos arts. 35 e 28 § 5º, II, da LP (art. 28, § 4º), hipótese de que falaremos adiante.

Atuação do poder disciplinar da entidade desportiva

O poder disciplinar da entidade de prática desportiva tem natureza pedagógica, devendo ser exercido para demonstrar o repúdio da entidade à conduta do atleta e no intuito de visar o restabelecimento, quando possível, do fiel cumprimento do contrato.

Logo, deve ser exercido com imediatidade, posto que falta não punida ou não é considerada como descumprimento de obrigação contratual, ou então é tida como falta perdoada, por falta de reação ao descumprimento.

Por outro lado, o poder disciplinar deve ser exercido de forma proporcional à falta cometida. Um simples e isolado atraso a um treino não pode ensejar uma suspensão, que seria uma reação desproporcional à conduta do atleta, merecedora, no máximo, de uma advertência. Mas uma sucessão de atrasos pode gerar, gradativamente, uma advertência, uma censura escrita, uma suspensão e até levar, pela persistência, à despedida, por justa causa.

O que não pode ocorrer é dupla punição pela mesma falta.

Dependendo da gravidade da conduta, é evidente que uma única falta pode levar ao rompimento do contrato.

Como antes referido, a atuação do poder disciplinar **não depende de prévio processo administrativo interno**. As relações trabalhistas são dinâmicas, merecendo pronta resposta para a regular continuidade da execução do contrato e eventual insatisfação do trabalhador deve ser por ele questionada na justiça.

Exame de alguns casos concretos

O jogador Jobson foi flagrado no exame *antidoping* com a presença de cocaína na urina.

Julgado pelo STJD, foi suspenso pela Justiça Desportiva, mediante prévio e regular processo administrativo.

A utilização de substâncias dopantes é hipótese de ato da vida privada com repercussão no contrato de trabalho, ensejando a atuação do poder disciplinar do empregador. Mas a entidade de prática desportiva fez atuar o poder

disciplinar de modo a submeter o jogador a tratamento durante o período de suspensão desportiva, por considerá-lo quimicamente dependente.

Em outro caso, o jogador Somália, que faltou a treino no Botafogo, registrou queixa em delegacia policial, dizendo ter sofrido sequestro relâmpago e apresentando no clube, em seguida, a justificativa.

Apurou-se, no entanto, que a queixa teve por fim livrá-lo do poder disciplinar do empregador. O jogador acabou confessando não ter sofrido o sequestro.

Trata-se de ato de improbidade, por revelar comportamento desonesto, visando a obtenção dolosa de vantagem por meio ilícito.

O jogador se retratou e a entidade de prática desportiva limitou-se a multá-lo, utilizando, por opção, o seu poder disciplinar de forma mais branda.

Em outro caso, o jogador Junior Baiano foi despedido do Internacional por justa causa, com base em alegações de que só se apresentou 30 minutos antes da partida; perdeu preleção feita pelo técnico e ficou fora da partida; abandonou a delegação e se retirou do Maracanã sem comunicação, não retornando ao hotel da delegação; no dia seguinte também não se apresentou no aeroporto para o retorno à concentração com a equipe o jogo do fim de semana.

O Tribunal Superior do Trabalho, no direito aplicável aos fatos e provas apurados nas instâncias inferiores, **não ser possível caracterizar** como desídia fatos “tão isolados”; que a falta a apenas um treino e as dúvidas quanto à comunicação aos superiores “desautorizam a caracterização de insubordinação e indisciplina” alegadas.

Despedida por justa causa e incidência de cláusula indenizatória desportiva

Nas hipóteses ensejadoras da resolução do contrato por culpa do atleta, a Lei nº 9.615/98 não prevê a incidência de cláusula indenizatória desportiva, eis que se refere apenas **às hipóteses previstas no art. 28, I, “a” e “b”, da Lei nº 9.615/98** (transferência para outra entidade desportiva na vigência do contrato e retorno do atleta, no prazo de até 30 meses, às atividades profissionais em outra entidade de prática desportiva). Retornaremos ao assunto.

É verdade que a Lei nº 9.615/98 é omissa em relação à despedida motivada, eis que o § 5º do art. 28 estabelece que o vínculo desportivo do atleta com a entidade de prática desportiva contratante dissolve-se, para todos os efeitos legais:

- a) com o término da vigência do contrato ou o seu distrato (extinção e rescisão bilateral);
- b) com o pagamento da cláusula indenizatória desportiva (rescisão unilateral por transferência do

atleta durante o contrato ou retorno em outra entidade desportiva); e,

- c) com o pagamento da cláusula compensatória desportiva (resilição unilateral, por dispensa imotivada e resolução culposa por inadimplemento salarial ou nas demais hipóteses do art. 483, CLT).

Essa omissão, no entanto, não leva à conclusão de que essa modalidade de terminação do contrato não possa ocorrer. Sendo a legislação especial silente em relação à matéria, há de aplicar-se, subsidiariamente, a legislação trabalhista (por força do que dispõe o art. 28, §4º da Lei nº 9.615/98), precisamente o art. 482, da CLT.

Dispõe ainda a Lei nº 9.615/98, no art. 8º, que o atleta não poderá recusar-se a tomar parte em competições dentro ou fora do País, o que pode levar à mesma solução (despedida por justa causa) se, advertido, o atleta persistir na recusa.

Carece de amparo legal e fático a ideia de que a entidade de prática desportiva não teria interesse em despedir, sem justa causa, o atleta, porque tal atitude importaria em perda do investimento feito, daí a omissão da lei a respeito. A se pensar assim, também não teria interesse na despedida imotivada, que, no entanto, é expressamente prevista na lei especial. A entidade de prática desportiva pode ter sim o interesse em romper o contrato de trabalho desportivo por motivação culposa e a omissão legislativa especial remete a solução à CLT.

A respeito, consideramos que o rol de hipóteses previstas no art. 28, I, “a” e “b” da Lei Pelé é exemplificativo. E assim entendemos, não apenas por uma questão de isonomia de tratamento (a cláusula compensatória é devida ao atleta nos casos de descumprimento de obrigações pela entidade desportiva), como também pelo fato de que, sem essa interpretação, a entidade desportiva ficaria totalmente à mercê da conduta reprovável do atleta, com perda, sem qualquer compensação, do investimento feito, quando optasse, com justo motivo, pela despedida do atleta por justa causa.

Vale ainda acrescentar:

- que as hipóteses previstas nos incisos III e IV do § 5º do art. 28, da Lei nº 9.615/98 ensejam a mesma solução: o rompimento, com fundamento na culpa da entidade desportiva no descumprimento de suas obrigações contratuais, quer pelo inadimplemento salarial, quer nas demais hipóteses de resolução culposa prevista na legislação trabalhista;
- que o legislador, ao dispor que a dissolução do contrato somente ocorrerá com o pagamento das cláusulas indenizatória e compensatória desportivas, nas hipóteses previstas em lei, tem por fim manter o vínculo, com as respectivas obrigações contratuais, até que sejam satisfeitas pelos responsáveis pelo adimplemento.

**“Jogador indisciplinado
é o que não acata as
determinações gerais do
empregador, não segue
as orientações médicas
ou as do treinador, se
recusa à concentração,
abandona os treinos, é
constantemente expulso.”**

Dos atos ensejadores da despedida por falta grave

Nos termos do art. 482, da CLT, subsidiariamente aplicável à Lei Pelé, a despedida por falta grave do empregado, no caso, do atleta profissional, é autorizada nas seguintes hipóteses, para efeito do rompimento do contrato:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia, sem permissão do empregador e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra e da boa fama praticada em serviço contra qualquer pessoa ou contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo

- em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra e da boa fama praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
 - l) prática constante de jogos de azar.

Exame das faltas graves em relação ao atleta profissional

São atos de improbidade os que traduzem comportamento desonesto, visando obtenção dolosa de vantagem por meio ilícito, como roubo, furto, apropriação indébita, estelionato, suborno e adulteração de documentos e não necessariamente contra o patrimônio do empregador. Já ocorreu casos de manipulação de resultados de loteria esportiva, que até ficou desacreditada, em virtude de desempenho anormal de atletas. Também, recentemente, falsa denúncia de sequestro relâmpago, feita pelo jogador Somália, para justificar falta a treino no Botafogo.

A desídia importa no desleixo e falta de zelo no exercício das funções. O jogador que não se empenha nos exercícios preparatórios do condicionamento físico e/ou nos treinamentos preparatórios do condicionamento tático, é desidioso.

A ingestão imoderada de álcool é absolutamente prejudicial ao condicionamento físico e reflexos do atleta, daí ser motivo de justa causa. De igual sorte, a utilização de substâncias dopantes, quando ingeridas com dolo ou culpa, não se configurando a justa causa, ainda que suscetível de punição perante a legislação desportiva, se a ingestão foi sugerida por serviço médico do clube.

Violar segredo significa revelar, divulgar a terceiros informações sigilosas conhecidas pelo empregado em virtude de sua atividade na empresa, assim entendidas as que preserva sob o conhecimento de um círculo limitadíssimo de pessoas. O empregado que assim age, infringe o dever de fidelidade e o faz para levar vantagem pessoal no favorecimento à concorrência ou por ato de vingança ou represália. Quando o empregado não as divulga, utilizando-se das informações em proveito próprio, pode ser despedido por ato de improbidade ou de concorrência desleal.

O empregado que viola segredo da empresa pode sofrer penalidade de natureza criminal, civil e trabalhista, no caso, a despedida por falta grave, sem compensação financeira.

No direito desportivo, é caso de violação de segredo a divulgação de táticas de jogo ao time adversário. Infringe o dever de fidelidade.

O abandono de emprego pode se caracterizar por atos positivos, como a transferência para outra entidade durante a vigência do contrato ou o retorno do atleta em outra entidade desportiva (art. 28, I, “a” e “b” da Lei Pelé),

como também pela omissão em comparecer ao trabalho, sem motivo fundado.

Configura abandono de emprego o não retorno do atleta à entidade desportiva cedente para cumprir o antigo contrato de trabalho desportivo, quer em virtude de término do prazo de empréstimo, quer na hipótese de rescisão do contrato de empréstimo a que alude o §2º do art. 39, da Lei Pelé.

Indisciplina é o descumprimento das diretrizes gerais do empregador, ao passo que insubordinação é a recusa ao cumprimento de ordem específica.

Jogador indisciplinado é o que não acata as determinações gerais do empregador, não segue as orientações médicas ou as do treinador, se recusa à concentração, abandona os treinos, é constantemente expulso.

É ainda caso de indisciplina a hipótese prevista no art. 8º da Lei nº 9.615/98: o atleta não poderá recusar-se a tomar parte em competições dentro ou fora do País. A recusa injustificada poderá levar ao rompimento do contrato, por justa causa, por se tratar de descumprimento da obrigação contratual básica de atuar pela agremiação a que está vinculado.

O mau procedimento é caracterizado pela falta de compostura, traduzida em comportamentos ofensivos da discríção pessoal e do respeito capazes de prejudicar as boas condições no ambiente de trabalho. São exemplos os assédios moral horizontal ou vertical ascendente.

A condenação criminal com cumprimento de pena impede a execução do contrato pela impossibilidade física da prestação de serviços. No caso do goleiro Bruno, do Flamengo, a sua prisão levou à suspensão do contrato, à falta de condenação criminal.

A Lei nº 6.354/76 (art. 20) exigia, para o rompimento do contrato, condenação a pena de reclusão, superior a 2 (dois) anos, transitada em julgado e eliminação imposta pela entidade de direção máxima do futebol nacional ou internacional. Essa lei foi revogada pela Lei Pelé.

Além das ofensas físicas, a lei proíbe também as ofensas morais, ou seja, a prática de atos de calúnia, injúria e difamação do empregador, por ofenderem a honra. **Não apenas contra os dirigentes, como também em relação à entidade (honra objetiva).**

No tocante à imagem, devem ser considerados o retrato ou perfil de uma pessoa ou entidade, compreendendo a representação física de uma pessoa ou de partes separadas do corpo (art. 5º, XXVIII, da CF), mas também o conjunto de qualidades caracterizadoras do perfil da pessoa ou da entidade perante o meio social (art. 5º, V e X da CF), assim compreendendo o desrespeito à representação não autorizada e a ofensa à imagem social, incluindo a deturpação das qualidades caracterizadoras do perfil da pessoa ou da entidade atingidas.

Logo, na avaliação da imagem entidade de prática desportiva, devem ser levados em consideração certos aspectos. Por ser o atleta uma figura pública, o seu comportamento e declarações públicas repercutem no contrato, podendo não somente atingir a equipe, comissão técnica e dirigentes, como também a imagem da entidade.

Realmente, além da respeitabilidade, os bens jurídicos protegidos são a ética e a formação integral dos cidadãos. O atleta é um ídolo, capaz de influenciar cortes de cabelo, uso de roupas e o ingresso de novos sócios da entidade desportiva, que se tornam torcedores da agremiação e contribuem para a sua manutenção econômica e prestígio.

A ética a ser observada resulta da figura pública do atleta, que está ligada à agremiação à qual pertence e que serve de exemplo para a sociedade e influi na formação moral dos jovens. Daí que amizades publicamente reconhecidas com traficantes, por exemplo, se revelam prejudiciais ao contrato, atingindo a imagem da entidade desportiva.

Ofensas físicas contra qualquer pessoa, praticada em serviço, salvo no caso de legítima defesa, enseja o rompimento do contrato por justa causa. No caso do atleta, agressões injustificadas em treinos ou jogos contra companheiros ou atletas do time adversário podem ensejar punição perante a Justiça Desportiva e punição até mesmo pelo empregador, caracterizando a justa causa, conforme as circunstâncias. De igual sorte, ofensas à honra e boa fama, praticadas em serviço contra qualquer pessoa.

A incontinência de conduta revela-se pelos excessos, pela inconveniência de hábitos e costumes, falta de pudor, imoderação de linguagem ou de gestos, caracterizado pelo uso de palavras ou de atos obscenos. São exemplos o assédio sexual, ligações para disque sexo e utilização de e-mail corporativo para a remessa de material pornográfico.

As obrigações do atleta e as peculiaridades do contrato exigem a flexibilização dos conceitos na caracterização da incontinência de conduta, negócio concorrente ou prejudicial ao serviço e a prática de atos lesivos à honra e boa fama do empregador.

Na avaliação da incontinência de conduta do atleta profissional, devem ser consideradas circunstâncias ligadas ao seu comportamento moral e social e ao condicionamento para a obtenção do melhor rendimento possível.

Com efeito, frequência a casas noturnas de forma incompatível com o condicionamento físico, vida desregrada, regada a churrascos, bebidas e programas, inobservância das horas necessárias de sono atentam contra o condicionamento ideal para as competições. E declarações impensadas dadas à imprensa, capazes de desestabilizar o grupo do qual fazem parte a equipe e a comissão técnica, atentam contra a união e o ambiente respeitoso e saudável.

A intensa dedicação a compromissos externos pode revelar o desempenho de atividade concorrente ou prejudicial aos jogos, treinos, viagens e condicionamento físico.

São exemplos a participação em um amistoso 24 horas antes de uma partida oficial pelo clube e a submissão a uma série de compromissos de propaganda em fotos e eventos, de forma prejudicial à obrigações contratuais.

Além de potencialmente prejudicial à equipe, o baixo rendimento frustrará torcedores e repercutirá na boa-fé e lealdade contratuais, ensejando a atuação do poder disciplinar do empregador.

Conclusões

O exercício do poder disciplinar pela entidade desportiva é necessário à manutenção da ordem interna. Tem efeito pedagógico, servindo para a recondução do contrato ao seu correto cumprimento. Pode também servir, quando a relação se tornar insuportável pela gravidade ou sucessão de condutas ilícitas, para o rompimento do contrato.

O exercício do poder disciplinar, pela entidade desportiva, **é informal. Prévio procedimento administrativo, é exigível apenas para os julgamentos perante a Justiça Desportiva.**

São cabíveis, a título de sanção: advertência, censura, multa suspensão e despedida por justa causa.

Os arts. 35 e 28 §§ 5º, II e 7º, da LP, 474 e 482, CLT são aplicáveis em conjunto quanto ao exercício do poder disciplinar do empregador.

Os atos da vida privada do atleta, diante de sua exposição pública, podem repercutir no contrato.

O atleta deve cláusula indenizatória à entidade na hipótese de justa causa.



Referências bibliográficas

- CATHARINO, José Martins. *Contrato de emprego desportivo no direito brasileiro*, LTr, 1969
- MELO FILHO, Alvaro. *Nova Lei Pelé*. Maquinária Editora, 2011.
- MONTEIRO DE BARROS, Alice. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 2ª ed, LTr, 2002
- MONTEIRO DE BARROS, Alice. *As Relações de Trabalho no Espetáculo*, LTr, 2003
- LACERDA, Dorval. *A Falta Grave no Direito do Trabalho*, Edições Trabalhistas, 1976
- GIGLIO, Wagner. *Justa Causa*, LTr, 5ª edição, 1994
- MORAES FILHO, Evaristo. *A Justa Causa no Direito do Trabalho*, LTr, 2003
- ZAINAGHI, Domingos Sávio. *A Justa Causa no Direito do Trabalho*, Malheiros, 2001
- ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Nova Legislação Desportiva*, LTr, 2002

O Exército Brasileiro e seu processo de transformação

General-de-Exército Enzo Martins Peri | Comandante do Exército Brasileiro

Antecedentes

A realidade e o ritmo das transformações políticas, econômicas, sociais e tecnológicas que se projetam sobre o mundo contemporâneo, desde o final do século XX, geraram demandas diversificadas e urgentes sobre todas as estruturas organizacionais, especialmente no caso das instituições permanentes das estruturas dos Estados, que chegaram a ter sua própria existência questionada.

Nesse cenário, o Exército Brasileiro, como outras instituições nacionais, passou a perceber a necessidade de adotar políticas que provocassem mudanças organizacionais capazes de criar as condições para responder adequadamente à evolução das conjunturas nacional e internacional. Tornou-se impositivo continuar atendendo às demandas do Estado e da sociedade, ao mesmo tempo em que se preparava a Força Terrestre para atuar no ambiente futuro de crescente incerteza e cada vez mais desafiador.

Ao longo das duas últimas décadas as diversas administrações do Comando do Exército procuraram, com persistência, estabelecer parâmetros político-estratégicos que delimitassem o caminho a seguir para toda a Instituição. Tratou-se de um processo de construção de soluções cujos principais resultados ficaram materializados pelos esforços associados aos projetos “FT 90”, concentrado sobre capacidades operacionais militares, e “Programa de Excelência Gerencial”, focado na disseminação de conceitos avançados de gestão.

A etapa subsequente foi impulsionada pela renovação do interesse político do Estado sobre os temas de defesa, caracterizada pela elaboração e repercussão da Estratégia Nacional de Defesa (END), lançada em dezembro de 2008. Para o Exército, este fato desencadeou um esforço de planejamento concentrado, denominado Estratégia Braço Forte (EBF), com a finalidade de traduzir em medidas efetivas as diretrizes e propostas explicitadas na END.

Contudo, passados seis meses da conclusão dos trabalhos da EBF, avaliações críticas conduzidas pelo Estado-Maior do

Exército (EME) concluíram que seria necessário aprofundar o processo de implantação das mudanças visualizadas. Após aprofundados estudos, chegou-se a conclusão que essa nova percepção somente poderia ser concretizada por meio de um sistemático e profundo processo de mudança denominado “Processo de Transformação”, a exemplo do que já ocorria com outras forças militares no mundo.

Transformação e o Projeto de Força

O cenário, portanto, exigia disposição e ação institucionais, aí incluído o desenvolvimento de novas capacidades necessárias para respaldar a atuação do Brasil como ator global. Ao Exército, cabia realizar as mudanças necessárias, passando por um processo de longo prazo, amplo, profundo e urgente. Assim, passou a ser política da Força manter-se em permanente “Processo de Transformação”.

Depois de colher subsídios por meio de pesquisas, palestras, *brainstorms*, painéis, debates e seminários, contando com um amplo conjunto de fontes, incluindo militares da ativa e da reserva, oficiais de nações amigas, civis e especialistas em diversos setores, o EME propôs que o “Processo de Transformação” fosse conduzido por intermédio de um projeto de longo prazo (2031) denominado “Projeto de Força (PROFORÇA)”, que orientaria o “Processo de Transformação”, por meio dos seguintes projetos Vetores de Transformação (VT): Recursos Humanos; Educação e Cultura; Ciência e Tecnologia; Doutrina; Engenharia; Gestão; Logística; Preparo e Emprego; e Orçamento e Finanças.

Sintetizando as orientações do PROFORÇA, foram elencadas as novas capacidades que deveriam caracterizar o Exército transformado: ênfase na dimensão humana; dissuasão extrarregional; projeção de poder; atuação no espaço cibernético; prontidão logística; efetividade da doutrina; gestão integrada; interoperabilidade e complementaridade; fluxo orçamentário adequado;



produtos de defesa vinculados às capacidades operacionais; e gestão da informação operacional.

Uma nova Concepção Estratégica - EB 2022

Para conduzir o Exército para a era do conhecimento, tornou-se imperativo ousar nas ideias, gerando energia criativa em soluções inovadoras e factíveis, sem contudo distanciar-se da realidade e do compromisso indissolúvel da Força com a sociedade a quem serve. Para tanto, foi fundamental a elaboração, execução e controle de um criterioso e coerente “Planejamento Estratégico”, tendo como horizontes temporais 2015 e 2022, atuando como coordenador do trabalho coeso de militares e civis identificados com os valores da instituição.

Ao final do ano de 2011, o acompanhamento das ações do “Processo de Transformação” permitiu concluir que, devido às dimensões da estrutura organizacional do Exército e o ritmo cotidiano de trabalho, havia a necessidade de manter alinhados os VTs, por meio de novos objetivos estratégicos, alinhados com a missão e uma nova visão de futuro da Força.

Dentre outras ações previstas na nova “Concepção Estratégica” destacam-se: busca pela dissuasão extrarregional, ampliando significativamente a capacidade operacional do Exército; ênfase na cooperação regional, aproximando-nos dos exércitos dos países vizinhos; prioridade da dimensão humana, como conjunto de medidas focadas na atração e retenção de recursos humanos qualificados e motivados; disseminação da consciência situacional até o nível do sistema combatente individual;

incremento da flexibilidade, adaptabilidade, modularidade e elasticidade no emprego dos escalões operacionais; e centralização seletiva dos apoios às operações.

Projetos Estratégicos do Exército

Dentro da metodologia de trabalho do Sistema de Planejamento do Exército, estudos e análises posteriores indicaram a oportunidade de organizar em projetos indutores do “Processo de Transformação da Força”, com a criação do “Escritório de Projetos do Exército”, e a estruturação de sete Projetos Estratégicos: Recuperação da Capacidade Operacional (RECOP); Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras (SISFRON); Defesa Cibernética; Sistema Integrado de Proteção de Estruturas Estratégicas Terrestres (PROTEGER); Nova Família de Blindados de Rodas - GUARANI; Defesa Antiaérea; e Sistema de Mísseis e Foguetes ASTROS 2020.

O Exército Brasileiro encontra-se responsável pela coordenação do Setor Cibernético, considerado pela Estratégia Nacional de Defesa, como um dos setores estratégicos essenciais para a defesa nacional.

Dimensão Humana - “A Força da nossa Força”

A importância do papel do Exército Brasileiro para a segurança e defesa do Estado e da sociedade, atribui à qualidade dos recursos humanos da Instituição um caráter determinante no êxito do cumprimento das missões constitucionais, na credibilidade e na percepção de relevância que a Organização deve transmitir à sociedade.

Para tanto, o Exército realizará seu “Processo de Transformação” focado na dimensão humana, entendida como o conjunto de todos os fatores, geridos pela Instituição, que influencia o profissional militar – do ambiente de trabalho a seus familiares.

Conclusão

O Exército Brasileiro, uma Instituição com aproximadamente duzentos mil homens e mulheres, civis e militares, distribuídos em todo o território nacional e no exterior, empregados cotidianamente em dezenas de operações de apoio ao Estado e à sociedade, mais uma vez protagoniza na condução de um processo de evolução que o colocará na Era do Conhecimento, respaldando as decisões do Brasil – ator global.

Só é possível conduzir um empreendimento dessa magnitude com o apoio e a efetiva participação de equipes capacitadas e motivadas. Para a felicidade do Exército e da Nação, este é justamente o “ponto forte” diferenciador de nossa Instituição, que conta com pessoas capazes e entusiasmadas em todos os níveis, comprometidas com a consecução dos objetivos estratégicos que estarão efetivamente transformando o Exército Brasileiro. 

Crianças e adolescentes: competência de todos

Siro Darlan

Desembargador do TJRJ
Membro da Associação Juízes para a Democracia
Membro do Conselho Editorial

A Constituição do Brasil determina em seu artigo 227 que: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Portanto, é imperativo constitucional que compete a todos os brasileiros zelar pela garantia desses direitos das pessoas em processo de desenvolvimento. E ao regulamentar esse princípio constitucional o legislador escolheu para fazer parte desse Sistema de Garantia de Direitos o Juiz da Infância e da Juventude (art. 146 do ECA).

Por iniciativa do Ilustre Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, realizou-se o Seminário “Trabalho Infantil, Aprendizagem e Justiça do Trabalho”, onde foi confiado a mim desenvolver o tema sobre competência, que assim desenvolvi:

Vamos falar sobre esta questão da competência. Eu queria também antes reconhecer a grandeza da iniciativa deste seminário, em que estamos falando na véspera do Dia das Crianças, véspera em que o Estatuto da Criança e do Adolescente completa vinte e dois anos de vigência. Tenho a impressão de que este seminário, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, é uma iniciativa que traz a todos nós, da sociedade, a possibilidade de trabalharmos pela efetivação dos direitos da criança e do adolescente. Tenho, no meu currículo, a sorte de ter sido, no início da minha carreira, Juiz Trabalhista. Concursado para a Justiça Estadual, exerci a minha primeira judicatura na Comarca de Silva Jardim, no interior do Rio de Janeiro, onde não havia ainda a presença da Justiça do Trabalho, e, por essa razão, tive a grata alegria de ter

essa experiência, durante dois anos, de tratar também da questão trabalhista.

Ao mesmo tempo - e justifica-se a minha presença aqui por este motivo -, fui Juiz da Infância e da Juventude desde 1990, ano em que o Estatuto entrou em vigor, com a atribuição de ser Juiz de uma das cidades mais avessas ao Estatuto e uma das cidades onde há maior índice de violência contra crianças e adolescentes. Essa experiência foi muito gratificante para mim e fez com que eu permaneça com essa marca como uma verdadeira tatuagem no meu currículo e na minha vida.

O Direito da Criança também teve início, no Brasil, por meio da cabeça de um Magistrado. Foi o Dr. Mello Mattos que, em 1924, escreveu, incentivou, estimulou, a primeira legislação de proteção à criança e ao adolescente, então chamados menores. Com o advento dessa legislação protetiva e graças ao advento dessa legislação, hoje temos em vigência o código mais moderno e mais próximo da perfeição no Planeta, que é o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Anteriormente, a doutrina vigente foi a da situação irregular, da qual ainda não nos desligamos. Ainda, na nossa cabeça, nas nossas ações, nas nossas decisões, prevalece esse olhar de proteção à infância, e não o olhar de respeito aos direitos de cidadania. Talvez por isso, a discussão sobre a competência passe por esse aspecto. Ainda estamos olhando para a criança como um ser que precisa ser protegido, por uma questão de fragilidade, quando, na verdade, com a doutrina da proteção integral, a criança é sujeito de direitos. E se examinarmos e interpretarmos ao pé da letra o que diz o art. 227 da nossa Constituição vamos verificar que essa discussão em torno da competência é absolutamente desnecessária, porque a competência, a partir de então, é de todo cidadão brasileiro. Quando o legislador constituinte diz que é dever de todos e enumera uma hierarquia da família, do Poder Público e da sociedade, nenhum brasileiro escapa dessa obrigação de assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.



No entanto, o legislador estabeleceu a competência do Juiz da Infância e da Juventude para a efetivação, para a garantia judicial desses direitos. Na verdade, o legislador do Estatuto retira do Judiciário uma carga de poder para compartilhar com a sociedade em razão dessa obrigação solidária que todos nós assumimos. Quando o legislador constituinte diz que é dever de todos, aquele olhar para a figura do Juiz de Menores, então todo-poderoso, que legislava, que eventualmente julgava e que era um grande assistente social, deixa de existir. O Juiz passa a ser um garantidor de direito, não um garantidor de direito passivo, mas o agente ativo de proteção integral e integrada à criança e ao adolescente.

Por isso, quando falamos em competência, não se trata apenas do olhar sobre a autoridade judiciária, que é apenas um elo dessa corrente, desse sistema de proteção integral e de garantia de direitos. Nesse sistema de garantia de direitos, que deve ter uma atuação integrada, estamos nós, Juízes, está também o Ministério Público, estão os advogados, a Defensoria Pública, as delegacias especializadas, as secretarias da área social, de educação, de saúde, de esporte e de lazer, estão os Conselhos de Direitos e os Conselhos Tutelares. Então, fazemos parte

de um elo do sistema de garantia de direitos e, por isso, não se trata de uma competência absoluta, mas de uma competência compartilhada, na qual só temos a nossa autoridade reconhecida se fizermos parte desse sistema de garantia de direitos.

Ouvi, ontem, com muita atenção, algumas manifestações e fiquei um pouco preocupado com certo radicalismo ao olhar sobre esses direitos fundamentais de crianças e adolescentes elencados no art. 227. É direito fundamental. Lá está escrito que é direito fundamental o direito à proteção ao trabalho. E o legislador, ao regulamentar esse artigo, diz que a autoridade judiciária competente será a autoridade da infância e da juventude. Estamos modernamente caminhando para as especializações.

Os Tribunais Superiores e os Tribunais Regionais cada vez mais se especializam. Então, não é o momento de generalizações, é o momento de capacitação, de aperfeiçoamento daquela autoridade judiciária vocacionada, preparada para a atuação nesta área de competência. O fato de se tratar de direito ao trabalho protegido e não de Direito do Trabalho - o legislador fala em direito ao trabalho protegido, o que é diferente da relação econômica de Direito do Trabalho -, não é suficiente para atrair essa competência

para a Justiça do Trabalho. E não é só nessa área que há certa invasão de competência por força de determinação legislativa.

O Juiz da Infância e da Juventude, esse especialista, soma, na sua competência, por exemplo, a questão da adoção internacional. A questão da adoção internacional seria, em tese, da Justiça Federal, porque abrange relações internacionais entre estados, abrange relações de pessoas de direito público internacional, e, no entanto, o legislador deu a competência ao Juiz da Infância e da Juventude. Mais do que isso, adolescentes autores de ato infracional em crimes capitulados como crimes contra a União, como o tráfico internacional de entorpecentes, e, mais do que isso, a Justiça Militar, Justiça Castrense, não julga menores de dezoito anos. Julguei vários cadetes e estudantes de escolas militares, menores de dezoito anos, que, em tese, seria de competência da Justiça Federal.

Na verdade, estamos tratando de um direito autônomo. O direito da criança e do adolescente, esse novel direito, é um direito autônomo, que tem uma normativa toda apropriada, uma normativa internacional e regras constitucionais que dão a base, que dão os princípios para a sua distinção. São diplomas legais específicos, que o separa dos outros ramos do Direito. Tem uma didática particular e determina o aprendizado de suas diferenças. Eu trouxe aqui, por exemplo, a regra na qual nos inspiramos para escrever o art. 227 da nossa Constituição Federal, que é a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, onde expressamente está escrito, no art. 29, inciso d, que é preciso “preparar a criança para assumir uma vida responsável” - daí por que o direito ao trabalho é um direito fundamental para inserir a criança no mundo competitivo para ter uma vida responsável - “numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos, e pessoas de origem indígena”.

E também há um artigo específico sobre a relação do trabalho na Convenção das Nações Unidas, que é norma de direito fundamental. O art. 31 diz que os Estados-partes respeitarão e promoverão a participação plena de crianças e adolescentes na vida cultural e artística e encorajarão a criação de oportunidades adequadas em condições de igualdade para participarem da vida cultural, artística, recreativa e de lazer. Ao contrário do que ouvimos ou entendemos equivocadamente, o que o legislador impõe é que a sociedade estimule, incentive a preparação e a participação de adolescentes para que eles não sejam segregados.

De certa forma, quem defende o contrário defende um fundamentalismo segregacionista, e isso é a doutrina da situação irregular. Quando vemos aquele tenista, mostrado aqui em um vídeo, uma exceção dentre tantos campeões



que deveríamos ter, e temos alguns, e que começaram muito cedo, porque, para ser campeão, tem de começar cedo. A China, maior detentora de medalhas olímpicas, não é um bom exemplo, porque não é um país livre nem um país que defenda e proteja os direitos humanos. Mas as outras potências esportivas começam a ensinar aos seus atletas quando eles nascem, quando surge o mínimo de vocação. São estimulados a ser campeões e, por isso, são campeões. Sem falar em nossos campeões, como Neymar e Pelé, que foi campeão do mundo aos dezessete anos. O maior jogador do mundo, na atualidade, começou no Barcelona aos quatorze anos.

E queremos segregar esses talentos a que custo? Há exemplos excepcionalíssimos, como o desse tenista, que precisa de um tratamento terapêutico urgente, porque ele começou a estudar e parou, começou a jogar tênis e parou, começou a fazer tratamento e parou. Ele precisa de uma terapia forte. Devemos ajudá-lo, mas não devemos tê-lo como exemplo para atuar *contra legem*, porque o que a lei diz é exatamente o contrário do que, em alguns momentos, defendemos ou vi sob esse olhar.

O art. 32 dispõe: “1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou seja, nocivo para saúde ou para seu desenvolvimento

físico, mental, espiritual, moral ou social (...). Não está dizendo que é proibido. Está dizendo que devemos zelar cuidar, interferir. Somos partidários da intervenção mínima do Estado. Para isso, queremos a responsabilidade da família. O legislador constituinte diz, em uma ordem de hierarquia, ser dever de todos, a começar pela família. Então, a família tem de decidir o que é melhor para os seus filhos: autorização para viajar, autorização para participar de atos esportivos e artísticos. Isso é um problema privado da família. Se a família se exceder, nesse caso, sim, cabe a intervenção do Estado por meio do Ministério Público e das medidas que são previstas no art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente contra os pais que descumprem os deveres do exercício do poder familiar.

Ainda dispõe: “(...) 2. Os Estados-partes adotarão medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais com vistas a assegurar a aplicação do presente artigo. Com tal propósito, e levando em consideração as disposições pertinentes de outros instrumentos internacionais, os Estados-partes deverão, em particular: a) estabelecer uma idade ou idades mínimas para a admissão em empregos; b) estabelecer regulamentação apropriada relativa a horários e condições de emprego; c) estabelecer penalidades ou outras sanções apropriadas a fim de assegurar o cumprimento efetivo do presente artigo”.

Não diz que é proibido; pelo contrário, diz que devemos estimular, porque, se fizermos o contrário, vamos admitir que os filhos de pais com boas condições econômicas, como engenheiros, médicos, arquitetos, sejam levados para serem iniciados na aprendizagem do trabalho, e contra esses nada se falará. Aquele filho de operário pobre que está fora do mercado de trabalho tem de continuar fora do mercado de trabalho, porque não lhe é permitida a aprendizagem do trabalho, porque tamanhas são as restrições que o Estado legal e formal faz e o Estado paralelo não faz que, por isso, temos tantos adolescentes envolvidos em prática de atos infracionais, ou seja, em razão da necessidade de sobrevivência e da impossibilidade de a sociedade acolhê-los na sociedade formal. E por isso temos o mais alto índice de homicídios, que se dá na faixa etária entre catorze e vinte e quatro anos, porque não se permite não se dá oportunidade de ingresso no mercado de trabalho.

Devemos nos unir, sim, e este seminário tem este viés. Ao ver aqui tantas cabeças pensantes, tantas inteligências debatendo este tema, fico feliz e verifico que podemos começar uma nova era de efetivação desses direitos. Não mais discutir se eles existem ou não, mas a efetivação desses direitos em todas as áreas da Justiça. Se unidos conseguirmos obter que esses direitos, nos próximos anos, venham a ser respeitadas, discussões sobre competência ou não competências serão inúteis, desnecessárias, porque, se

as crianças tiverem acesso aos seus direitos fundamentais, sobretudo à educação, a uma família bem formada, à saúde, ao esporte, ao lazer, à cultura, a questão de competência não nos levará a nenhuma forma de debates.

Mas quero aqui também falar sobre a atuação dos Conselhos dos Direitos. No Rio de Janeiro, a autoridade judiciária participa desses Conselhos dos Direitos junto com a sociedade civil, junto com o Ministério Público, com a Defensoria Pública, com a OAB, com as Secretarias, com as Representações do Governo para deliberar, para fiscalizar, para controlar as políticas públicas. É necessária a presença do Judiciário nesta mesa de debate permanente com a sociedade civil.

Recordo-me de que estamos num debate interessante no Rio de Janeiro, porque, devido ao alto volume de trabalho, de processos - estamos julgando no Rio de Janeiro um milhão e meio de processos/ano, o que deve ser brincadeira perto da estatística de vocês, que é muito maior, evidentemente, mas julgamos causas diferentes, complexas, como também vocês julgam. Estamos buscando soluções de como dar conta desse recado sem aumentar despesas, porque temos a Lei de Responsabilidade Fiscal. Uma das propostas que foi colocada em mesa é que temos vinte Câmaras Cíveis e oito Câmaras Criminais, e vamos dividir a competência entre todos, e aí a proposta dos Desembargadores civilistas. Dissemos a eles que estamos totalmente informatizados na área criminal, que eles teriam de sentar diante da telinha e ouvir testemunha por testemunha, interrogatório por interrogatório. Eles não sabiam disso e indagaram: “Temos que fazer isso? Temos que sentar e ouvir? Temos que, em vez de ficar ouvindo a ‘Carminha’, assistir a essas novelas da vida real?”.

Tenho a impressão de que a questão da competência reivindicada pela Justiça do Trabalho passa por aí também. É preciso conhecer a realidade do dia-a-dia e das responsabilidades de um juiz da infância e da juventude. O juiz da infância e da juventude é juiz vinte e quatro horas, porque ele está em casa dormindo e toca o telefone, é um comissário que está numa fiscalização e quer uma orientação; está num baile *funk* e há uma intercorrência, é ao juiz que ele vai ter de pedir socorro. Temos de estar de plantão vinte e quatro horas. Ouvi aqui algumas críticas da Academia com relação aos alvarás. Ora, senhores, alvará é um resumo de um mandamento judicial, não é um processo, não tem que estar ali o resumo do processo.

Lamentavelmente, algumas pesquisas são feitas por leigos que não conhecem o nosso dia-a-dia, o nosso procedimento, as nossas regras processuais. Quando um Juiz do Trabalho emite um alvará, um mandado de pagamento, ele determina o pagamento, ele não diz o porquê daquele pagamento, onde e por que razões ele decidiu aquilo. Isso está nos autos do processo. É preciso

saber disso para se fazer um juízo crítico. Quando o Juiz defere alvará, ele tem de cumprir a lei. Se ele não a cumpre, ele é fiscalizado pelo Ministério Público, pela família, pela sociedade e pelas partes de um processo. A lei diz expressamente que, para autorização judicial, o Juiz tem de levar em conta, dentre outros fatores, os princípios dessa lei. Sobretudo porque se trata de uma criança, de um ser em processo de desenvolvimento, juiz nenhum será irresponsável de autorizar algo que prejudique o desenvolvimento sadio de uma criança. As peculiaridades do local, o Juiz tem de conhecer, e as conhece. Sabem por quê? O Juiz tem toda uma assessoria de comissários que vão ao local examinar se ele é adequado ou não, se tem segurança contra incêndios, contra acidentes, se é adequado para fins da presença daquela criança. Ele tem uma equipe técnica de assistentes sociais e de psicólogos que analisam o *script*, o texto, se aquele texto é ou não prejudicial à participação daquela criança; a existência de instalações adequadas; o tipo de frequência habitual no local; a adequação do ambiente à eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes à natureza do espetáculo.

Recordo-me de que tive vários embates nessa área. Houve uma senhora, produtora de óperas, que produziu uma ópera muito bonita. Era a história de uma freira que abortara uma criança e depois entrou em um convento e, arrependida, viveu uma vida santificada e sempre preocupada com esse crime, cometido por ela, do aborto. Ao *grand finale* do espetáculo, ela chega aos céus cercada por anjos. Essa produtora queria uma cena espetacular: cem crianças nuas, crianças de orfanatos. Ela foi pedir autorização. Evidentemente, após ouvir psicólogos e assistentes sociais, essa autorização foi negada. Fui a esse espetáculo no Teatro Municipal do Rio de Janeiro e, ao final da peça, as crianças apareceram evidentemente que não estavam nuas, mas de camisolão, e a produtora colocou uma faixa: “Abaixo a censura”. Falei: agora serei vaiado. Ela foi vaiada. Não é assim, com tamanha irresponsabilidade, que atuamos. Há exceções. Erramos, proferimos sentenças equivocadas, mas não é a regra. A regra é o acerto. Todos conhecem aqueles que acompanham novelas, episódios de “Laços de Família”, em que uma criança, um bebê, participava de cenas em que, por dezenove vezes, era obrigada a chorar no colo da mãe; ela criou uma ojeriza tamanha aos atores que já não queria mais participar depois da décima nona cena.

O alvará foi deferido sob a condição de não participar de cenas de violência, de drogas e de desrespeito à família, e esse alvará foi descumprido. Por causa disso, foi cassada a participação de crianças nessa novela. Todos viram que foram dedicados quase dez minutos do “Jornal Nacional” em uma campanha vil e infamante contra a censura do

Judiciário. E as crianças só voltaram à novela depois que houve um comprometimento – que até hoje é cumprido – de que é necessário ter em cena o acompanhamento de psicólogos, de educadores, de médicos e dos pais. Se isso não acontece em outros lugares, não podemos generalizar, sobretudo a Academia não tem o direito de generalizar. Tem de falar especificamente daquele local onde foi feito o seu estudo, a sua pesquisa.

Na verdade, tudo se faz com muita responsabilidade. Direito à profissionalização é em decorrência do próprio processo educacional. Não é à toa que o capítulo da educação antecede o capítulo do direito ao trabalho protegido, porque, no próprio art. 19, que define – tanto aqui como na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – o direito à educação, vamos ver que a criança tem direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. O próprio direito à educação, que é um direito fundamental básico, estabelece que o adolescente tem de ser preparado para o trabalho. Então, temos, sim, de aperfeiçoar nosso sistema de fiscalização. Para isso, acho interessantíssimo que possamos trabalhar, Ministro, em conjunto, em parceria, num sistema integrado, porque, por exemplo, muitas vezes, fui Juiz da Infância e da Juventude, na área infracional e na área da prevenção, e, diante de um jovem de doze, treze e quatorze anos, dono de boca de fumo ou aviãozinho, com o qual eu falava: “Por que você está nessa vida, meu filho? Por que você não muda?” E ele respondia: “Porque preciso viver, doutor. O senhor me dá trabalho?” E o Juiz não tem resposta para isso, porque o Juiz não é um agente de trabalho, embora eu tenha criado na Vara da Infância e da Juventude uma verdadeira agência de colocação de adolescentes no mercado de trabalho. Com isso, abrimos, no próprio Tribunal de Justiça, alguns programas como o Programa “Mensageiros da Justiça”, de jovens oriundos de varas infracionais que têm a sua primeira oportunidade de sair da vida do crime trabalhando no Tribunal de Justiça. Evidentemente que o trabalho é um complemento da escola e da educação. É a forma de sobrevivência, é a resposta que se dá àquele jovem que ingressa no mundo informal da criminalidade por falta de oportunidade. Temos instrumentos para isso, e a Justiça do Trabalho, por meio dos Promotores do Trabalho, é fundamental para isso. Essa quota do aprendiz tem de ser cumprida e respeitada por todas as empresas. Só na cidade de São Gonçalo, temos possibilidade de ter três mil vagas para adolescentes aprendizes.

Como sabem, São Gonçalo é uma das cidades mais violentas do Rio de Janeiro. Foi lá que mataram a Juíza Patrícia Acioli e é justamente lá que temos essa possibilidade de fazer ingressar na sociedade no mundo da

competitividade, no mundo da educação para o trabalho, três mil jovens. E por que não o fazemos? Porque não há uma ação do Ministério Público para obrigar essas empresas a cumprir a norma legal. Então, como eu disse anteriormente, fazemos parte de um sistema de garantias de direitos. O Direito se depara com a situação dos jovens aprendizes, como falei. Há essa quota de 5% a 15% dos funcionários, que, se tivesse sendo cumprida, não teríamos tantos jovens na informalidade. O IBGE diz que sete em cada dez jovens estão fora do mercado de trabalho. No Rio de Janeiro, a taxa é de 24% de desocupação. O Brasil é o terceiro na taxa de homicídios de jovens com 51,7 homicídios para cada 100.000 jovens.

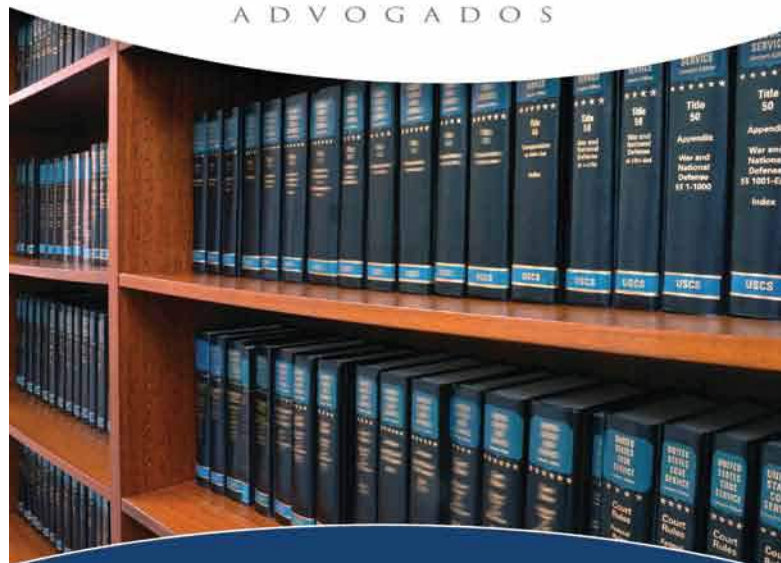
O trabalho aprendiz tem finalidade educativa e proporciona aos jovens envolvidos um primeiro contato com o mundo do trabalho, onde o menos importante é o tipo da tarefa desenvolvida. O primordial é a oportunidade de aprender e cumprir horário, receber ordens, ter disciplina no cumprimento de tais tarefas e conviver com outros trabalhadores no âmbito de uma organização empresarial. O saudoso Ministro do STF, Oroszimbo Nonato, nos recorda que não é o Juiz um mero aplicador mecânico de normas e leis. A sua função verdadeira, a que tem sido fiel no curso da História, é a de adaptador do texto abstrato à realidade palpitante e, às vezes, dramática que os pleitos oferecem.

A Constituição, ao tratar dos direitos sociais, no seu Capítulo II, deixa claro que o direito ao trabalho, art. 6º, é anterior ao Direito do Trabalho, art. 7º, posto que o primeiro trata da dignidade da pessoa humana e da possibilidade de inclusão social. Não sou eu que estou dizendo, é o próprio legislador constituinte quem o diz. Além do que o Programa de Assistência ao Adolescente merece tratamento distinto daquele estabelecido pelas normas do Direito Individual do Trabalho, que protege o adolescente que ingressa no mercado por meio da aprendizagem ou do estágio profissionalizante. É necessário concluir que o trabalho educativo difere do trabalho de fundo econômico, voltado exclusivamente para a subsistência. Há que se fazer a distinção entre aquele que efetivamente vende sua força de trabalho como meio de subsistência daquele que, ao desenvolver uma atividade laborativa, agrega valores à sua personalidade, à sua formação e ao seu desenvolvimento pleno. É preciso dizer que precisamos decodificar a nossa cultura de olhar para a criança como um ser que precisa de cuidados, de misericórdia, de caridade. Temos de olhar para a criança e para o adolescente como sujeito de direitos, como cidadão. Se formos capazes de respeitar seus direitos fundamentais, estaremos sedimentando as bases de uma sociedade efetiva e realmente civilizada e civilizadora. Muito obrigado pela atenção de todos.



BERGQVIST & ALVAREZ

ADVOGADOS



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

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

O escritório atua intensamente na área do Direito empresarial, com grande ênfase no contencioso 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

www.ba-advogados.com.br

Direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais

Bruno Dantas | Conselheiro do CNJ

1. Introdução

Pode-se estabelecer como marco temporal do início das reformas institucionais do Poder Judiciário brasileiro a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004

O projeto do novo Código de Processo Civil procurou enfrentar dois dos maiores males que afligem atualmente a sociedade brasileira na seara jurídica: a fragmentação e a instabilidade da jurisprudência. Em diversos pontos, o projeto revela verdadeira mitigação do rígido modelo de *civil law* que tradicionalmente conhecemos, aproximando-nos em razoável medida da família do *common law*.

Essa mitigação não deve ser atribuída ao acaso ou a alguma preferência exótica da Comissão de Juristas que redigiu o anteprojeto. Deveu-se, isto sim, à compreensão sedimentada entre os estudiosos do direito comparado de que também na dicotomia das grandes famílias do direito assiste razão à máxima aristotélica de que *in medio stat virtus*.

A legislação brasileira, antes repleta de conceitos herméticos, taxativos – frutos da tradição positivista que nos orientou por muito tempo – se viu, em especial a partir das duas últimas décadas do século XX, inundada pelas novas técnicas de elaboração legislativa cujo desenvolvimento acompanhou o novo momento pós-positivista de nossa história: princípios, cláusulas gerais, conceitos vagos etc.

Se é verdade que as novas técnicas permitem que o ordenamento jurídico permaneça atualizado por mais tempo e que o Estado desempenhe com maior efetividade as tarefas advindas da ascensão do *welfare state*, é igualmente verdade que o papel desenvolvido pelos tribunais adquire relevo antes inimaginável em sistemas de *civil law*. Daí porque, face à ausência de experiência do

Brasil no trato do novo fenômeno, é necessário conhecer soluções dos países que possuem uma construção teórica secular sobre o **papel da jurisprudência**.

Entre as muitas novidades propostas pelo projeto do novo Código de Processo Civil, uma chama particular atenção.

Trata-se do art. 847 do projeto original (art. 882 do texto final aprovado pelo Senado e remetido à Câmara dos Deputados), cujo *caput* estabelece que “os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência”.

Esse dispositivo remete a uma questão que tem sido discutida há muito tempo por processualistas nacionais renomados como Rodolfo de Camargo Mancuso e Teresa Arruda Alvim Wambier: a *divergência jurisprudencial* e os seus efeitos nocivos para os jurisdicionados e para o próprio sistema jurídico. Na doutrina estrangeira, Jürgen Habermas igualmente chama a atenção para a preocupação das jurisprudências americana e alemã relativas à chamada “indeterminação do direito”.

Esse ponto de discussão tem revelado que a moderna metodologia do direito aponta para questões cada vez mais sofisticadas. Karl Larenz, em meados do século passado, já afirmava que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que a inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”. Sem dúvida, a hermenêutica tem sido um dos campos prediletos dos filósofos do direito desde a segunda metade do século XX.

O jusfilósofo alemão Robert Alexy aponta pelo menos quatro razões para justificar o fato de que em um grande número de casos a afirmação normativa singular

que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é meramente a conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros, o que rompe com o esquema clássico da lógica formal: “(1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto”.

Os problemas interpretativos mencionados por Alexy são potencializados em sistemas de origem romano-germânica, que têm na lei a sua fonte primordial de direitos. Isso em razão da possibilidade de cada juiz dar aos textos legais a interpretação que melhor lhe convenha, embora haja autores a defender, corretamente a nosso ver, que a lei é vocacionada para uma única interpretação *correta*, dadas as mesmas condições fáticas e o mesmo momento histórico.

No Brasil, especificamente, esse fato, combinado com a riqueza do sistema recursal vigente e a postura contumaz da Fazenda Pública-, tem ensejado o asoberbamento dos tribunais superiores, instados, mediante dezenas de milhares de *casos repetitivos*, a uniformizar entendimentos de todos os tribunais do país.

2. Segurança jurídica e Estado de Direito

O **princípio da segurança jurídica** é um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito e seu objetivo é proteger e preservar as justas expectativas das pessoas. Ensina, a propósito, Recasens Siches:

Debido al hecho de que el hombre se representa el futuro y se preocupa por éste, las satisfacciones actuales no son suficientes, mientras que se perciba el porvenir como incierto. Ese deseo de seguridad incita a la creación y al desarrollo de técnicas para evitar el daño que los peligros de la Naturaleza puedan producir; para dominar las fuerzas de la Naturaleza con el fin de ponerlas al servicio regular de las necesidades humanas; para garantizar unas buenas condiciones de vida; para prevenir enfermedades y para curarlas, etc. Ahora bien, tales deseos de seguridad llevan también – y esto lo que importa subrayar aquí – a buscar el amparo del grupo social mediante normas e instituciones de Derecho positivo. En efecto, el deseo de seguridad es uno de los motivos radicales que lleva el hombre a producir *Derecho positivo*, gracias al cual pueda, hasta cierto punto, estar cierto y garantizado respecto de la conducta de los otros, y sepa a qué atenerse respecto de lo que uno pueda hacer en relación con ellos, y de lo que ellos puedan hacerle a uno.



Denninger, citado por Habermas, afirma que os desafios do Estado Social – justificadores, em certa medida, da insuficiente regulamentação da administração do ponto de vista do direito constitucional – fazem com que se transite de “um sistema da segurança jurídica para um sistema de segurança de vantagens jurídicas”, o qual modifica e dilui a proteção jurídica dos indivíduos.

Embora a moderna doutrina subdivida o princípio da segurança jurídica em dois vetores, para os fins deste estudo é mais útil trilhar o caminho apontado por Teresa Arruda Alvim Wambier e enxergar a expressão no sentido de *previsibilidade*.

De fato, se a jurisdição tem a função de proteger direitos, especialmente os fundamentais, e se o exercício da jurisdição – que no passado foi lastreado num singelo esquema de lógica formal denominado *subsunção* – passou modernamente a encerrar operação hermenêutica complexa, devido à gama de princípios constitucionais, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados a serem considerados, a *previsibilidade* que a sociedade deseja deve brotar menos da lei e mais da atuação dos juízes e tribunais.

Se, por um lado, a divergência judicial concita a dialética e estimula o desenvolvimento do direito e o surgimento de soluções afinadas com a realidade social, por outro, não pode negar seu poder de estimular a litigiosidade no seio da sociedade. Quando a mesma situação fática, num dado momento histórico, é decidida por juízes da mesma localidade de forma diametralmente antagônica, a mensagem enviada à sociedade é de que ambas as partes têm (ou podem ter) razão. Ora, se todos podem ter razão, até mesmo quem, por estar satisfeito

com o tratamento jurídico que sua situação vinha recebendo, não havia batido às portas do judiciário terá forte **incentivo** a fazê-lo.

Evidentemente, esse fenômeno é algo normal no exercício da jurisdição em primeiro grau. Anormal é que a divergência judicial perpassasse os tribunais, órgãos colegiados concebidos para dar trato algo mais qualificado às questões julgadas em primeiro grau. Anormal é que a divergência dos juízes de primeiro grau seja fundamentada em acórdãos divergentes de colegiados de um mesmo tribunal, como se não existisse ali órgão uno, mas aglomerado de *sobrejuízes* com competências individuais autônomas, o que contraria o princípio constitucional da colegialidade dos tribunais.

Vale dizer, *normal* é a jurisprudência dos tribunais orientar a atuação dos juízes inferiores. *Anormal* é os tribunais oferecerem o insumo da imprevisibilidade e da insegurança jurídica para os magistrados das instâncias inferiores e a sociedade em geral.

3. Os precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil

Os precedentes têm funções distintas nos sistemas do *civil law* e do *common law*. Embora nos sistemas romano-germânicos, como o nosso, possa haver situações em que as decisões vinculam os órgãos jurisdicionais, essa não é a regra do sistema, que tem na lei a sua fonte primária de direito. Ao contrário, no *common law*, não obstante as divergências entre os sistemas inglês e norte-americano, o respeito à eficácia vinculante dos precedentes é a força motriz que dá sustentação ao sistema, em razão da ausência de normas jurídicas escritas.

Isso porque sendo a regra do *common law* a *lex non scripta*, se cada magistrado pudesse extrair livremente a sua compreensão em torno dos costumes que cercam determinado caso, o sistema seria absolutamente caótico e imprevisível. Note-se que essa liberdade é possível nas famílias de *civil law* em razão de a lei *per se* trazer segurança jurídica e conter, em si própria, um conteúdo que os cidadãos podem extrair, independentemente de ir ao Poder Judiciário buscar a tutela para um determinado direito subjetivo que afirmem violado ou ameaçado. Assim, o que traz estabilidade e segurança jurídica aos países de *common law*, vez que a regra não é a lei escrita, é a obediência aos precedentes.

A doutrina do precedente, adotada com peculiaridades nos Estados Unidos e na Inglaterra, estatui que as decisões de casos anteriores muito semelhantes a novos casos devem ser repetidas nesses últimos.

A regra do precedente, porém, não é simples e automática. Hoje já há nos países anglo-saxões duas correntes que explicam-na: a estrita e a atenuada. Ronald

Dworkin explica que a corrente estrita “obriga os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível de hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões foram erradas”. O professor norte-americano anota que essa corrente da doutrina do precedente varia de lugar para lugar: “é diferente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e difere de Estado para Estado nos Estados Unidos”.

A corrente atenuada, por sua vez, exige que o juiz de alguma forma leve em consideração as decisões anteriores sobre a mesma controvérsia, estatuinto que ele deve seguir tais decisões a menos que as considere erradas o bastante para suplantar a presunção inicial em seu favor, conforme anota Dworkin.

Tentando fazer uma rudimentar comparação entre a doutrina do precedente dos países da *common law* e a eficácia persuasiva e vinculante da súmula do sistema brasileiro, observamos que a teoria atenuada da doutrina do precedente aponta um meio termo entre força persuasiva e vinculante da súmula. Interessante notar que o caminho ora trilhado pelo Brasil é diametralmente oposto ao que seguem os Estados Unidos e, mais recentemente, a Inglaterra.

Pode-se afirmar que enquanto a nossa tendência é o enrijecimento dos precedentes através de súmula vinculante e impeditiva de recursos, os norte-americanos e ingleses caminham no sentido de mitigar a eficácia vinculante dos precedentes, em busca de equilíbrio.

Observa-se que há uma tendência mundial de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos. Os países da *common law* têm manifestado uma tendência de escrituração de suas leis, tradicionalmente não escritas. Prova disso são as *Rules of Civil Procedure* da Inglaterra e o fenômeno que, nos Estados Unidos, o professor da Yale Law School Guido Calabresi chamou de *age of statutes*. Por outro lado, os sistemas da *civil law* paulatinamente têm adotado a eficácia vinculante dos precedentes, especialmente os das supremas cortes. René David, em seu clássico sobre os grandes sistemas de direito, excursiona por sistemas da *civil law* para demonstrar que, excepcionalmente, é possível fazer-se com que se torne obrigatório para os juízes seguirem precedentes.

Robert Alexy também detectou tal fenômeno, ponderando que modernamente, mesmo na Europa continental, atribui-se importância aos precedentes. Salienta que o objeto de discussão atual é a posição teórica dos precedentes, de modo que a disputa se concentra, sobretudo, na questão sobre se o precedente é ou não fonte de direitos.

Exemplo desse movimento, no Brasil, é a linha jurisprudencial gradualmente adotada pelo STF chamada de “objetivação” ou “abstração” do controle difuso de

constitucionalidade. Um dos precursores dessa tendência, o Ministro Sepúlveda Pertence, já consignou em voto lançado no AgRg na Sentença Estrangeira 5.206:

E a experiência demonstra, a cada dia, que a tendência dominante – especialmente na prática deste Tribunal – é no sentido da crescente contaminação da pureza dos dogmas do controle difuso pelos princípios reitores do método concentrado. Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de ‘guarda da Constituição’, que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas essenciais da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. Afinal, não é novidade dizer – como, a respeito da cassação, Calamandrei observou em páginas definitivas – que no recurso extraordinário – via por excelência da solução definitiva das questões incidentes de inconstitucionalidade da lei –, a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle *incidenter* em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação, é usado “como elemento propulsor posto a serviço de interesse público”, que aqui é a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe.

Noutra ocasião, em voto proferido na Medida Cautelar no RE 376.852, ao tecer considerações sobre o regime instituído pela Lei 10.259, de 2001, para o RE interposto contra acórdãos dos juizados especiais federais, o Min. Gilmar Mendes sustentou a mesma tese.

Parece-nos indiscutível que, em regra, no direito brasileiro, os precedentes têm autoridade persuasiva. Rodolfo de Camargo Mancuso, tratando do sistema adotado pelo Brasil, anota que nosso modelo político-jurídico tem, como matriz, a lei, que foi eleita como parâmetro para o contraste e a exigibilidade das condutas, por força do princípio constitucional da legalidade. Disso se conclui que “a jurisprudência, mesmo sumulada, não se reveste – *de lege lata* – de força coercitiva, ficando sua eficácia por conta da natural proeminência e respeitabilidade que o Tribunal emissor exerça junto às demais instâncias a ele reportadas”.

Ciente das dificuldades impostas pelo *civil law*, mas especialmente convencido da posição que os tribunais

superiores ocupam na estrutura judiciária brasileira e das funções que são chamados a exercer, Arruda Alvim sustenta, com veemência, o caráter paradigmático das decisões dessas cortes:

Conquanto a validade e a eficácia das decisões seja, normalmente, circunscrita às partes, as proferidas pelos Tribunais de cúpula transcendem o ambiente das partes, e com isto, projetam-se o prestígio e a autoridade da decisão nos segmentos, menor da atividade jurídica, de todos quantos lidam com o direito, e, mesmo em espectro maior, para a sociedade toda. (...) As decisões do Superior Tribunal de Justiça configuram o referencial máximo em relação ao entendimento havido como o correto em relação ao direito federal infraconstitucional.

Já tivemos oportunidade de afirmar que o adequado desempenho da função paradigmática por um tribunal de cúpula pressupõe um requisito essencial: suas decisões devem gozar do respeito da sociedade, dos membros do próprio Poder Judiciário e dos demais órgãos da Administração Pública. Para tanto, concorrem alguns fatores como a honorabilidade dos seus membros, a legitimidade do procedimento perante a Corte, a uniformidade e estabilidade das suas decisões, entre outros. Em suma, devem causar sensação geral de que a justiça foi feita.

4. O dever dos tribunais de velar pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência

Entre as principais funções dos recursos se encontra a *uniformizadora*, que se dirige à conformação de uma unidade jurídica e à garantia do respeito aos *princípios da igualdade perante a lei e da legalidade*. Em outras palavras, busca-se que haja uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência.

Como, modernamente, o juiz assume o papel de realizar a ordem jurídica, mediante a investigação da solução mais justa e adequada para cada caso, dando concretude a regras e princípios que compõem o ordenamento jurídico, dessa criatividade judicial é natural que decorram interpretações conflitantes. O que não é natural, todavia, é que essas decisões conflitantes se cristalizem, ensejando a quebra do princípio da *igualdade perante a lei*.

E é a correção de distorções tais que compõe a essência da função uniformizadora dos recursos. Vale dizer, o que se persegue é a consagração de mecanismo hábil a ensejar que, no curso do processo interpretativo que precede a solução de um conflito levado ao Judiciário, haja a “prorrogação” da segurança e da estabilidade geradas no momento da edição da lei.

Veja-se bem: não se trata de afirmar que a literalidade da lei deve prevalecer. O que estamos afirmando é que essa função zela pela prevalência da *uniformidade interpretativa*, que impede ofensas à igualdade e à legalidade, de modo que a lei, que é vocacionada a ter uma única interpretação *correta*, deve receber sempre, dadas as mesmas condições fáticas relevantes ao julgamento, a mesma interpretação.

Sem essa função, estaríamos diante da produção de efeitos jurídicos os mais diversos a partir do mesmo suporte fático relevante e da incidência da mesma norma jurídica, o que, se é tolerado hoje pelo sistema, evidentemente não pode ser considerado como a saída mais adequada.

Outro aspecto que se afigura relevante quando a função uniformizadora da jurisprudência é observada de perto é que, ao se falar em preservação do *princípio da igualdade perante a lei* – e não são poucos os doutrinadores que sustentam essa finalidade –, os beneficiários últimos, no caso de uma lide, são as partes processuais. Até porque, se assim não fosse, caberia a indagação: igualdade perante a lei *de quem* em comparação *com quem*?

Por óbvio, a aplicação do princípio da igualdade perante a lei ao processo de realização do direito no caso concreto importa ter como verdadeiro que a mesma regra jurídica, incidente sobre suportes fáticos suficientemente idênticos, no mesmo momento histórico, deve ensinar a produção dos mesmos efeitos jurídicos. Da mesma forma, suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem ensinar a aplicação da mesma norma jurídica e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos.

Isso que destacamos não é novidade alguma. Teresa Arruda Alvim Wambier repisa esse tema incessantemente há anos, mencionando diversos exemplos práticos de violação do princípio da legalidade acarretada pela *criatividade judicial*, quando mal exercida.

Atenta a isso, e convicta de que por vezes é necessário reafirmar o óbvio para que os operadores do direito se sintam ao menos constrangidos por descumprir o que está explicitamente escrito no texto legal, a Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do NCPC houve por bem inserir nas disposições gerais do Título que versa sobre o processo nos tribunais um verdadeiro **guia de uniformização de jurisprudência**.

Com efeito, além do comando geral de que “os tribunais velarão pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência”, o projeto do NCPC aprovado pelo Senado delineia caminhos para que essa determinação seja cumprida. Vejamos o teor dos incisos I a IV do art. 882:

Art. 882......

I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;

II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;

III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;

IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia;

(...)

É de se notar o forte caráter pedagógico adotado pelos incisos transcritos, que utilizam expressões como “sempre que possível”, “deve orientar” e “deve nortear”, revelando nítido perfil não-mandatário. Enquadram-se naquilo que Norberto Bobbio chama de *conselhos*. Frise-se que, diferentemente da disciplina do incidente de resolução de demandas repetitivas, a infração das regras previstas no art. 882 não abre caminho para o manejo da reclamação, o que reforça o caráter pedagógico ora sustentado.

À vista do perfil não-mandatário que identificamos, é de se censurar a modificação ocorrida durante a tramitação do projeto no Senado Federal. Ao se incluir, no *caput* do art. 882, a fórmula limitadora “em princípio”, entendemos que houve fragilização excessiva do comando geral do dever de velar pela uniformidade da jurisprudência dos tribunais, que merece reparo pela Câmara dos Deputados.

No mesmo diapasão, por reconhecer os efeitos deletérios da alteração do entendimento dominante nos tribunais superiores, e com o fito de exortar as cortes brasileiras a **respeitar sua própria jurisprudência**, o multicitado art. 882 estipula:

Art. 882......

.....

V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.

§ 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

A experiência jurídica é objeto jurídico da jurisprudência e esta é significativamente variável, devendo refletir a realidade factual. Segundo Giuseppe Lumia,

deve “descrever o direito como ele é e como vige efetivamente em uma coletividade determinada, e não prescrever o que o direito deveria ou não ser com base em juízos específicos”. Ocorrendo dicotomia entre os fatos e a norma geral (incluindo-se a jurisprudência dominante do STF e dos Tribunais superiores), esta última deve ser modificada, pois perde a sua eficácia se não acompanha o desenvolvimento social.

No entanto, em prol da segurança jurídica, eventual modificação deve ser promovida da maneira menos impactante possível, o que justifica a modulação dos efeitos do novel entendimento, que o art. 882 visa garantir. Trata-

se, sem dúvida, de um importante período de adaptação para os jurisdicionados, visto que as “as regras do jogo” teriam sido modificadas.

A alteração exige fundamentação específica, assegurando o respeito às relações já concretizadas, protegendo o direito adquirido e a coisa julgada, fazendo com que todos reconheçam o novo entendimento como legitimamente válido. Essa exigência do projeto do NCPC é importante para que se justifique racionalmente a alteração no tecido social ou na compreensão da norma interpretada, evitando-se que a mera composição do tribunal se torne elemento gerador de instabilidade jurídica.



As notas de rodapé foram suprimidas para composição da publicação, com anuência do autor. A íntegra do artigo pode ser consultada no site.

Referências bibliográficas

- ALEX, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ARRUDA ALVIM. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial e a relevância das questões*. STJ 10 anos: obra comemorativa 1989-1999. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1999.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Os agravos no CPC Brasileiro*. 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. reform. e atual. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As bases do direito processual civil*. In Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. rev. Bauru: Edipro, 2008.
- BRASIL. CNJ. Departamento de Pesquisas Judiciárias. *Relatório 100 maiores litigantes*. Disponível em <http://bit.ly/hvUz00>. Acesso em 27 de abril de 2011.
- _____. STF. *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira no 5.206*. Relator Min. Sepúlveda Pertence.
- _____. STF. *Medida Cautelar no Recurso Extraordinário no 376.852*. Relator Min. Gilmar Mendes.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CALABRESI, Guido. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge-London: Harvard University Press, 1982.
- DANTAS, Bruno. *Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010.
- DANTAS, Bruno. MENEGUIN, Fernando. *Honorários de sucumbência recursal*. Jornal Valor, Rio de Janeiro, 16 de novembro de 2010.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Herminio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1996.
- ESKRIDGE, William N. FRICKEY, Philip P. *Cases and Materials on Legislation: Statutes and the Creation of Public Policy*. Saint Paul: Thomson West, 2004.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio; CARRAZZA, Roque Antonio e NERY JUNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. Barueri: Manole, 2008.
- FON, Vincy e PARISI, Francesco. *Judicial precedents in Civil Law Systems: a dynamic analysis*. In George Mason University School of Law and Economics Working Paper Series, Disponível em http://ssrn.com/abstract_id=534504. Acesso em 30 de abril de 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- IMWINKELREID, Edward J. *A more Modest Proposal than “A Common Law for the Age of Statutes”: Greater Reliance in Statutory Interpretation on the Concept of Interpretative Intention*. Albany Law Review, Disponível em <http://ssrn.com/abstract=684251>. Acesso em 2 de maio de 2011.
- LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.
- LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.
- RAMOS, Saulo. *Efeito vinculante de decisões dos tribunais superiores*. In Revista da ESMAPE. Vol. 4, n. 9, janeiro-junho, 1999.
- SÁNCHEZ, Javier López. *El interés casacional*. Madrid: Civitas, 2002.
- SICHES, Luis Recaséns. *Introducción al estudio del derecho*. 15ª ed. México: Editorial Porrúa, 2006.

O consórcio e a prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros

Fernando José Barbosa de Oliveira | Advogado

Introdução

Ocupo-me neste artigo de um problema específico suscitado pelo desenvolvimento das relações de cooperação de esforços entre empresas, cujo instrumento jurídico de base é o contrato interempresarial de consórcio, no caso utilizado para o desempenho de determinado empreendimento, qual seja, a prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros.

A escolha do tema deixa de fora muitas outras questões de direito produzidas por esta modalidade de contrato de cooperação de empresas, isso porque o propósito da opção é contribuir para a discussão de assunto cuja regulação jurídica se apresenta como um desafio recente e imenso, que preocupa empreendedores e seus advogados.

Como a ordem jurídica brasileira, neste caso, regula a responsabilidade solidária das empresas consorciadas?

Para abordar o problema principiarei por destacar tratamento legal dos consórcios entre nós (I) para, adiante, efetuar algumas ligeiras considerações sobre os consórcios e suas diferentes modalidades, pois considero que estas são úteis para a compreensão da matéria (II). Em relação a esta última, pretendo tecer considerações sobre a responsabilidade dos consorciados tanto frente aos Poderes Concedentes como perante terceiros (III). Em derradeiro terminarei por apresentar considerações finais (IV).

I – O tratamento legal dos consórcios

Entre nós, consórcio é experiência há muito utilizada pelo empresariado, principalmente os que têm atividade ligada ao setor das grandes obras públicas, mas o tratamento

legal da dessa modalidade de contrato interempresarial era, antecedentemente, objeto de legislação esparsa.

Primeiramente, dele cuidou o vetusto Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934, artigo 201). Depois a antiga Lei nº 4.726/1965, já revogada, disciplinou o arquivamento do contrato de constituição de consórcio. Também a Lei nº 4.728/1965, que dispõe sobre o mercado de capitais, no seu artigo 15, trata da organização de consórcio para colocação de títulos e valores mobiliários no mercado.

A Lei nº 4.137/72, fazia uma referência a agrupamento de empresas no seu artigo 72, para alguns gêneros do qual o consórcio seria espécie. Posteriormente, o Decreto nº 73.140/1973, também já revogado, disciplinou a participação de consórcios na licitações, conforme se via nos seus artigos 22 e 23.

Nos dias de hoje temos a Lei nº 6.404/1976 que confere aos consórcios o seguinte regime legal:

CAPÍTULO XXII

Consórcio

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes;

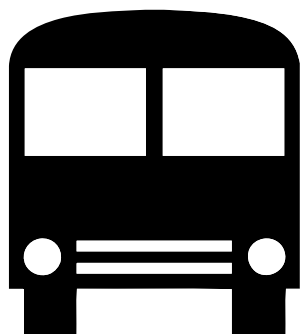


Ilustração: Mariana Fróes

os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão:

- I - a designação do consórcio se houver;
- II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;
- III - a duração, endereço e foro;
- IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;
- V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;
- VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;
- VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;
- VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

Na conformidade do regime legal acima delineado resulta claro que as empresas se reúnem por intermédio do contrato de consórcio para, em relação horizontalidade, sem constituírem pessoa jurídica distinta e, portanto, preservada a autonomia jurídica e patrimonial de cada uma, executarem determinado empreendimento, com

vistas à satisfação do interesse individual de cada consorte.

A responsabilidade, sob o regime da mencionada Lei, é regulada pelo contrato, e somente haverá solidariedade se os contraentes assim deliberarem, pois cada um responde por suas obrigações, inexistindo presunção de solidariedade.

Sob o regime da Lei nº 8.666/1993 a disciplina dos contratos de consórcio manteve-se a mesma, salvo em matéria de responsabilidade, que recebeu do legislador conformação diversa, com vistas a ampliar garantias em prol do interesse público, consoante se destaca a seguir:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

- I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
- II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;
- III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;

IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

A peculiaridade da responsabilidade solidária está presente, também, nas disposições da Lei nº 8.987/1995, que dispôs sob o regime da concessão e permissão para a prestação de serviço público, conforme se destaca abaixo:

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, **sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.**

Mais recentemente, a Lei nº 12.402, de 2.5.2011, mediante disposição especial, regulou a responsabilidade do consórcio em matéria de tributo, no caso deste realizar contratações em nome próprio, e estatuiu que, em tal hipótese, há responsabilidade solidária das empresas consorciadas (artigo 1º, §§ 1º e 2º, observado, também, seus §§ 3º e 4º).

Bem, a partir da resenha legislativa supra, com ênfase na Lei nº 6.404/1976, resulta exposto que o legislador optou por conceder aos contratantes ampla liberdade para, internamente, regularem seus interesses e recíprocas obrigações, respeitada, porém, a regulação peculiar dos contratos dos consórcios constituídos para a contratação com a Administração Pública, cujos ajustes, por estarem

sujeitos aos influxos do Direito Público, seguem lógica diversa, em especial quanto à responsabilidade dos consorciados, o mesmo ocorrendo em sede tributária.

II – Os consórcios e suas diferentes modalidades

É comum distinguir-se duas modalidades de consórcio: o interno e o externo. Diz-se interno o consórcio quando o objeto deste visa somente a disciplina das relações de cooperação e esforços entre os consorciados. Será externo o consórcio que se relaciona com terceiros, com vistas a execução de determinado empreendimento. Fala-se, também, de consórcios operacionais e instrumentais, bem como homogêneos e heterogêneos.

Para o propósito deste artigo, é de interesse, a meu ver, ter em conta o consórcio do tipo externo. Um bom exemplo deste modelo de consórcio é o constituído para a execução de uma grande obra. Em tal modalidade de consórcio percebe-se, por exemplo, que este assume obrigações para com o dono da obra, materializadas no contrato de construção. Mas, uma vez que em geral a atividade desenvolvida para a execução do empreendimento não é exercida em comum e, sim, individualmente pelos consorciados, também percebe-se a presença de outro feixe de relações, por intermédio do qual aqueles regulam seus recíprocos direitos e obrigações em matéria de cooperação de esforços, o que é típico do contrato de consórcio.

A este modelo de consórcio amolda-se, a meu sentir, o constituído para a prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros.

Com efeito, em tal consórcio flagra-se, também, a existência de dois contratos, a saber: um, o de concessão, firmado com a Administração Pública; outro, o de consórcio, que vincula os consorciados, reciprocamente, a partir da disciplina de seus direitos e obrigações em matéria da cooperação de esforços para a execução da atividade que é objeto do contrato administrativo, a qual, do mesmo modo que na construção civil, é exercida individualmente, mediante utilização de recursos próprios de cada consorciado.

III – A responsabilidade dos consorciados nas relações com o poder público e com terceiros

No âmbito da Lei nº 6.404/1976 só haverá responsabilidade solidária dos consorciados se estes assim dispuserem no contrato de constituição do consórcio, pois não se presume a solidariedade, conforme foi salientado linhas atrás.

Legislação posterior, que se reputa especial em confronto com a Lei nº 6.404/1976, ao dispor sobre as relações do consórcio com o Poder Público estabeleceu, no entanto, que os consorciados respondem, solidariamente, pelo cumprimento do contrato de concessão (Leis nºs

8.666/93 e 8.987/95). O mesmo fez a Lei nº 12.402/2011 em matéria de obrigação tributária.

Pode-se dizer, com isso, que a disciplina do tema, tal como contemplada na Lei nº 6.404/1976, foi derogada pela legislação especial posterior?

Penso que não.

As Leis posteriores que regularam a matéria tiveram, e têm, por finalidade a disciplina de certas e determinadas relações, que dizem respeito ao cumprimento do contrato de concessão, pelo que cuidam de assuntos regidos pelo Direito Público, motivo por que foram concebidas tendo em vista a tutela do interesse da Administração Pública.

Realmente, o legislador federal, ao instituir a responsabilidade solidária dos consorciados pelo cumprimento do contrato de concessão teve em vista evitar que a Administração Pública tivesse dificuldade de cobrar, especialmente, as consequências financeiras derivadas do eventual descumprimento do referido contrato, pois o instituto lhe permite exigir seu crédito de qualquer consorciado, conforme melhor lhe convir sem ter que passar pela discussão do que cabe a cada um no desempenho das atividades objeto da concessão.

Observado tal contexto, verifica-se que as disposições contidas nas Leis especiais acima mencionadas, destinadas à disciplina de modalidade particular de relações, não derogaram a regra contida na Lei nº 6.404/1976, segundo a qual os consorciados se obrigam na conformidade do que estabelecerem no contrato, sem presunção de solidariedade, pois cada qual responde com seu patrimônio pelo que se obrigou.

Efetivamente, embora a legislação especial tenha tratado da matéria, o fez no sentido de dispor que na relação com a Administração Pública, em matéria de cumprimento do contrato de concessão, a responsabilidade dos consorciados é solidária e não se rege pelas disposições privadas que estes, em sentido diverso, podem estabelecer em contrato, conforme autoriza a Lei nº 6.404/1976. O mesmo ocorreu em sede tributária, como antes se viu.

Em reforço desse tratamento diferente do tema, importa ressaltar que a atividade objeto do contrato de concessão, no caso da prestação do serviço de transporte coletivo de passageiros, não é fruto de desempenho comum em consórcio, mas, sim, resultado de exercício individual, mediante utilização de bens e recursos próprios e singulares de cada consorciado.

Neste cenário, no qual o consórcio, carece de personalidade jurídica e não dispõe de patrimônio próprio ou comum, nada mais lógico e natural do que os consorciados, individualmente, estabelecerem, eles mesmo, relações com terceiros, comerciais ou não, daí surgindo obrigações pelas quais cada um responde também singularmente.

“Efetivamente, embora a legislação especial tenha tratado da matéria, o fez no sentido de dispor que na relação com a Administração Pública, em matéria de cumprimento do contrato de concessão, a responsabilidade dos consorciados é solidária e não se rege pelas disposições privadas que estes, em sentido diverso, podem estabelecer em contrato, conforme autoriza a Lei nº 6.404/1976. O mesmo ocorreu em sede tributária, como antes se viu.”

A este propósito, calha mencionar a doutrina de EGBERTO LACERDA TEXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, que a respeito prelecionam:

Pensamos que o consórcio não é então sujeito de direitos, não podendo, correlatamente, assumir obrigações enquanto tal. (...). São os consortes, portanto, que assumem obrigações e responsabilidades perante terceiros, cabendo-lhes, igualmente exercer os direitos decorrentes dos atos jurídicos (*in* Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro, vol. 2, 1979, pág. 797).

Cumprе salientar que as receitas nos consórcios constituídos para a prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros são, em geral, recebidas, diretamente, por cada consorciado incumbido do exercício da atividade, motivo por que em tal situação não há partilha de resultados, muito menos de prejuízos, entre as empresas consorciadas.

IV – Em conclusão

Observado tal contexto, considero que o regime legal do consórcio cuida, distintamente, da responsabilidade das empresas consorciadas: ela é solidária, nas relações com a Administração Pública, em caso de descumprimento do contrato de concessão; rege-se pelo que dispuser o contrato de consórcio nas com terceiros, sem presunção de solidariedade.



Linguagem e justiça

Rogério Medeiros Garcia de Lima | Desembargador do TJMG

“E a minha fama crescia. Na rua, os informados apontavam-me, dizendo aos outros: ‘Lá vai o sujeito que sabe javanês’”.

Lima Barreto, “O homem que sabia javanês”

Ao discursar em sua posse como presidente do Supremo Tribunal Federal, o ministro Joaquim Barbosa defendeu um Poder Judiciário “sem firulas, sem floreios, sem rapapés” (“Folha de São Paulo”, 23.11.2012):

O juiz é produto do seu meio e do seu tempo. Nada mais ultrapassado e indesejável que aquele modelo de juiz isolado, fechado, como se estivesse encerrado numa torre de marfim.

No livro “O Direito Administrativo e o Poder Judiciário” (Ed. Del Rey, 2. ed., 2005), escrevi sobre a “cultura da prolixidade” como óbice à prestação jurisdicional ágil.

Prolixo, define o “Dicionário Aurélio” (2. ed., p. 1.400), é “muito longo ou difuso, superabundante, excessivo, demasiado”. Na oratória ou na escrita, atribui-se tal adjetivação a quem fala ou escreve em demasia e, muitas vezes, sem nexos.

A “cultura da prolixidade” talvez não seja tão proeminente em outras atividades como é nos meios jurídicos: criou-se, entre os operadores do Direito, o mito de que escrever bem é escrever muito, exaustivamente.

A decisão judicial sintética e objetiva poderá ser objeto de recurso à instância superior, sob alegação de nulidade por “falta de fundamentação”. Felizmente, os tribunais brasileiros entendem que boa sentença não é necessariamente sentença longa ou diffusamente redigida. Boa sentença é sentença justa.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, já decidiu que “o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente

para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu” (EDcl no AgRg no AREsp nº 83.578-PE, min. Humberto Martins, DJe 14.6.2012).

Igualmente assentou que “a fundamentação sucinta, que exponha os motivos que ensejaram a conclusão alcançada, não inquina a decisão de nulidade, ao contrário do que sucede com a decisão desmotivada” (STJ, REsp nº 316.490-RJ, min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 26.9.2005).

Sobretudo após os progressos da informática, os textos processuais tornaram-se alentados e abundantes. Com as facilidades tecnológicas, são transcritas exaustivas citações doutrinárias e jurisprudenciais. A leitura de volumosas peças processuais torna-se uma maçada contraproducente para juízes, promotores e advogados das partes em litígio.

Em outras atividades onde se produzem textos, a concisão e a clareza já são dogmas. Aos jornalistas, exemplificativamente, prescreve-se:

Seja claro, preciso, direto, objetivo e conciso. Use frases curtas e evite intercalações excessivas ou ordens inversas desnecessárias. Não é justo exigir que o leitor faça complicados exercícios mentais para compreender a matéria” (“Manual de redação e estilo”, jornal “O Estado de S. Paulo”, 1990, p. 16).

Semelhantemente, aconselhava o poeta Carlos Drummond de Andrade: “*escrever é cortar palavras*”.

Magistrados vanguardistas, como o ministro Sidnei Beneti, do Superior Tribunal de Justiça, recomendam aos julgadores decidir de maneira justa, sem preocupações com ornamentos literários (“O juiz e o serviço judiciário”, TJMG, 1988):

O juiz não é profissional incumbido de tecer brilhantes considerações literárias, doutrinárias ou de erudição. Pode



ele ter também conhecimento que o alce à condição de doutrinador, mas, para isso, em princípio, deverá procurar outros campos de atividade, que não o jurisdicional. Fará concursos, defenderá teses, exercerá atividade docente permitida. No processo, entretanto, não haverá lugar para esse lado da atividade.

Qual a importância dessas considerações? Verificar que a cultura da prolixidade é mais um fator de morosidade nas decisões judiciais e no andamento dos processos. Ao economizar palavras, os operadores do Direito propiciam um processo mais sintético e célere.

Outra interessante reflexão ligada ao nosso tema refere-se à histórica sacralização da função jurisdicional. Com efeito, a função de julgar é tão antiga quanto a própria sociedade. Em todo aglomerado humano, por mais primitivo que seja, o choque de paixões e interesses provoca desavenças cuja solução é submetida a um juiz. Discorria o ministro Mário Guimarães, do Supremo Tribunal Federal (“O juiz e a função jurisdicional”, 1958, pp. 19-20):

Na família – forma rudimentar da coletividade, juiz é o pai. No clã, é o chefe, em cujas mãos se concentram habitualmente, todos os poderes: é o rei, o general, o sacerdote, o legislador, o juiz. (...) Quando os povos começam a penetrar na História, possuem já delineada a estrutura de juízes e tribunais, posto ainda se confundam atribuições judicantes, administrativas e religiosas.

Essa sacralização respinga na figura do juiz, assim visto por Piero Calamandrei (“Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados”, 7ª ed. portuguesa, p. 30):

O juiz é o direito tornado homem. Na vida prática, só desse homem posso esperar a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata. Só se esse homem souber pronunciar a meu favor a palavra da justiça, poderei certificar-me de que o direito não é uma sobra vã.

No conto “Da majestade das leis” (ed. brasileira, 1978:11), Anatole France descreveu a agonia de um acusado perante o tribunal:

Toda a majestade da justiça está contida em cada sentença proferida pelo magistrado em nome do povo soberano. Jérôme Crainquebille, vendedor ambulante, ficou sabendo o quanto a lei é augusta quando foi conduzido à corte correcional por desacato a um agente de polícia. No salão soturno e portentoso, tomando assento no banco dos réus, viu ele os juízes, os escrivães, os advogados em suas togas, o meirinho com sua corrente, os gendarmes, e, por trás de uma balaustrada, as cabeças descobertas de espectadores silenciosos. E viu-se a si mesmo empoleirado numa cadeira elevada, como se ao comparecer perante a autoridade o próprio acusado fizesse jus a uma funesta honraria. Ao fundo da sala, entre os dois assessores, sentava-se o Senhor Presidente Bourriche, ostentando no peito as palmas de oficial da Academia. Um busto da República e um Cristo crucificado encimavam o pretório, de sorte que todas as leis divinas e humanas estavam suspensas sobre a cabeça de Crainquebille. Aquilo lhe infundia um justificado assombro.

O magistrado francês Antoine Garapon publicou o substancioso livro “Bem julgar – ensaio sobre o ritual judiciário” (edição portuguesa, 1999), onde registra a impressão que os rituais da Justiça suscitam nos cidadãos. Impressiona-os mais o espetáculo do que a discussão jurídica de fundo. Com efeito, antes de existirem leis, juízes e palácios de justiça, já existia um ritual. A obra descreve, por exemplo, como o espaço da sala de audiências é arranjado para incriminar e inibir o acusado e o submeter à ordem judicial:

O simbolismo judiciário foi buscar muitos dos seus elementos à mitologia, à Bíblia, à história, entre outros domínios. (...)

“Eram dispostos símbolos religiosos – crucifixos ou relicários – defronte dos olhos do juiz, de forma a relembrar-lhe a ética da sua função. Seguidamente, a imagem de Cristo emergiu por detrás do seu assento, criando um eixo de simetria com a pessoa do juiz que orientou progressivamente o espaço judiciário. Mas a ideia mantinha-se: recordar a todos – a começar pelo juiz – que os fundamentos da justiça são exteriores ao mundo

terrestre e que Deus, ao reservar para Si o julgamento final das coisas e das pessoas, garante o seu bom funcionamento. O mundo do debate judiciário, como assinala Robert Jacob, permanecia profundamente humano e terrestre. 'O teatro da audiência é construído em função de uma representação da delegação divina que se manifesta pela sobreposição do corpo do juiz e da imagem de Cristo. A distribuição do espaço, dos papéis e das funções e os gestos do debate judiciário ganham sentido quando relacionados com esse eixo primordial' (R. Jacob, 'Images de la justice').

Garapon citou Jean Carbonnier:

Entre nós jacobinos, a noção permanece centralizada: é à justiça do Estado que solicitamos que se liberte dos ritos, de modo a tornar-se mais íntima e menos intimidante. Uma justiça acessível e familiar, é esse o desejo eterno.

No mesmo compasso, Mauro Cappelletti e Bryanth Garth ("Acesso à Justiça", ed. brasileira, 1988, pp. 22-24) identificaram barreiras a ser superadas para os indivíduos, sobretudo os hipossuficientes, terem efetivo acesso à justiça: 1) necessidade de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível, 2) aquisição de conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda e 3) disposição psicológica das pessoas para recorrer a processos judiciais. E acrescentaram:

Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo. (Um) estudo inglês, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que 'até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado'. Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho. (...)

Nosso Direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém, que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto do movimento de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico.

O ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior ("Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas", 1998) destaca que os juízes não desenvolvem

atividade discricionária e neutra. Devem atuar inspirados pelas regras e princípios adotados, implícita ou explicitamente, pelo sistema jurídico do Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 espera dos julgadores, aos quais garante independência institucional e funcional, a utilização da liberdade de julgar para a realização dos valores por ela abraçados. Por isso, todo magistrado tem responsabilidade social.

José Renato Nalini ("*Ética Geral e Profissional*" e "*A Pós-Modernidade e a Profissão do Juiz*", ambos de 1997) apregoa a "*insurreição ética dos juízes*", com mudança de consciência:

O destino do Juiz no milênio próximo é liberar-se dos contornos de um agente estatal escravizado à letra da lei, para imbuir-se da consciência de seu papel social. Um solucionador de conflitos, um harmonizador da sociedade, um pacificador. A trabalhar com categorias abertas, mais próximo à equidade do que à legalidade, mais sensível ao sofrimento das partes, apto a ouvi-las e a encaminhar o drama para uma resposta consensual. Enfim, um agente desperto para o valor solidariedade, a utilizar-se do processo como instrumento de realização da dignidade humana e não como um rito perpetuador de injustiças (grifo do autor).

Jürgen Habermas, filósofo alemão, elaborou teoria sobre a sociedade democrática contemporânea, a qual deve se pautar pela "ação discursiva". Em outras palavras, o Estado, por seus órgãos de poder, deve dialogar de forma compreensível e transparente com a sociedade civil:

A comunicação pública perde vitalidade discursiva quando lhe falta informação fundamentada ou discussão vivaz. (...) Vivemos em sociedades pluralistas. O processo de decisão democrático só pode ultrapassar as cisões profundas entre visões de mundo opostas se houver algum vínculo legitimador aos olhos de todos os cidadãos. O processo de decisão deve conjugar inclusão (isto é, a participação universal em pé de igualdade) e condução discursiva do conflito de opiniões (Habermas, "O valor da notícia", versão traduzida, 2007).

Deveras oportuna, pois, a reflexão do ministro Joaquim Barbosa em sua posse na presidência da mais alta Corte da Nação. Os magistrados brasileiros devem estar imbuídos da urgência em lhe conferir realidade. Já assinei no livro "Aplicação do Código de Defesa do Consumidor" (Editora RT, 2003):

A magistratura deverá apressar-se, porque o Brasil clama por mudanças. Não podemos mais viver com velhas estruturas. Não podemos mais estar presos a soluções que nada têm a ver com o povo. Como na canção de Milton Nascimento, a Justiça tem de ir aonde o povo está. 

“Abismo social no Brasil é quase intransponível”

Da Redação

Entrevista com o Juiz Alexandre Teixeira de Souza, titular do Juizado da Infância e da Juventude de Petrópolis

Graças ao trabalho dedicado e eficaz do Juiz Alexandre Teixeira de Souza, titular do Juizado da Infância e da Juventude da comarca de Petrópolis, a Fundação Princesa Isabel, criada com o objetivo de inclusão social de jovens à margem do mercado de trabalho, atende hoje 500 pessoas carentes no município, localizado na Região Serrana do Estado do Rio de Janeiro. Sensível às questões sociais, logo ele percebeu que não adiantava o atendimento às crianças e adolescentes na Fundação se em casa o jovem não tinha a mesma estrutura e apoio.

A instituição, localizada na Serra da Estrela, um local mágico, onde se pode vislumbrar uma vista maravilhosa da cidade de Petrópolis e, inclusive, do Rio de Janeiro, disponibiliza a alunos das escolas públicas de Petrópolis, bem como a diversos jovens encaminhados pelo Juizado da Infância e da Juventude, uma série de atividades profissionalizantes, artísticas, culturais e esportivas, que têm como objetivo a ocupação do tempo ocioso dos menores, o oferecimento de atividades específicas e um espaço afetivo onde as mais variadas reflexões podem ser discutidas com os frequentadores do projeto.

O currículo das aulas aborda, além dos temas pedagógicos e profissionalizantes, as noções de higiene, alimentação e postura diante das situações cotidianas, indo até avançados debates sobre contextos sociais e ambientais,

numa abordagem conjunta do aluno, da vivência escolar e familiar, alcançando todo o ciclo educativo. A prática é resultado de uma reunião de forças, oriundas do Poder Judiciário, do Poder Executivo Municipal, de algumas empresas e contribuições individuais, todas elas não somente financeiras, mas também de forças de trabalho, tudo sob a articulação da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso.

O juiz Alexandre Teixeira explica a essência do projeto e a sua preocupação com o futuro dos jovens atendidos: “Esse trabalho na Vara da Infância me deu uma noção muito exata da dificuldade dessas pessoas. Apesar de ter vindo de uma família humilde, não conhecia essa realidade (da Fundação Princesa Isabel), esse abismo que existe entre a classe média e essas pessoas que são atendidas aqui. É um abismo quase que intransponível, se você não tiver um apoio, um recurso, para esse resgate, para provar que você pode, que você tem capacidade e só precisa de alguém que lhe traga para a cidadania, que lhe dê dignidade. Nós, juízes, podemos fazer muito pela sociedade, nós somos parte de um poder respeitado, e nosso agir provoca nas pessoas uma abertura de consciência. E se provocarmos, da mesma forma, o Poder Público? E ainda provocarmos o Poder Executivo, que tem a responsabilidade de estar oferecendo esses cursos, essa estrutura e mostrar para eles que sim, que é possível?”

Mas ele faz questão de explicar que esse “provocar” a que se refere não é confrontar, é apenas mostrar que é possível se fazer, que é fundamental se extinguir o conceito de assistencialismo, muito comum nas relações do Estado, porque é necessário, diz, que se dê ao jovem responsabilidade e orientação para que ele e sua família não fiquem sempre reféns desse tipo de assistência que lhes tolhe a iniciativa e lhes inibe de “sair à luta”.

“Na verdade, eu vislumbrei essa possibilidade e tenho alcançado, através de várias parcerias, a alegria de usar realmente o papel do juiz, do Judiciário, da sua transparência e credibilidade junto à população e tentar fazer algo concreto. Esse também é o sonho de cidadão, que é deixar um legado principalmente para minha filha, se algum dia ela vier aqui (na Fundação Princesa Isabel), dela saber que seu pai ajudou a construir esse projeto, criando oportunidades para crianças que vieram de famílias humildes, mais ou menos cenário da minha história. Tive a sorte de meus pais me deixarem a única herança que vale a pena os pais deixarem para os filhos, que é a educação, sendo responsável por eu chegar onde cheguei como juiz”.

Alexandre Teixeira revela que agora o projeto conta com uma padaria-escola e com um curso de confeitiro, “um profissional disputadíssimo no mercado”, além do apoio da Fundação da Infância e do Adolescente (FIA), que está oferecendo cursos de cabeleireiro e manicure. Tudo sem perder de vista que esse trabalho não terá sentido se os jovens participantes não forem inseridos no mercado de trabalho “porque é uma utopia achar que o Estado se encarregará disso”, sentencia.

“Quando assumi a Vara em 2001 procurei mudar um ciclo vicioso, ou seja, pais que negligenciavam o cuidado com os filhos. Percebi que os projetos sociais que haviam na época, podiam criar autonomia para esses jovens. Foi esse o meu objetivo inicial, o resgate da cidadania. Essa é a nossa ideia central, é um trabalho difícil, mas prazeroso. Prazeroso é saber que um aluno que entrou aqui totalmente desestimulado, que muitas vezes nem a família o suportava mais, que as próprias diretoras de colégios diziam ‘ele não dá pra nada’ daqui a pouco poderá estar dentro do mercado de trabalho. Prazer é dar a ele a chance de se descobrir, de se conhecer como uma pessoa correta”.

Em seu gabinete de trabalho, o juiz Alexandre se empolga com a beleza do lugar, ao mesmo tempo que demonstra preocupação com seu futuro: “Essa região aqui foi uma das primeiras reservas ecológicas brasileiras. É uma serra nativa que precisa ter seu ecossistema preservado e não pode ficar exposta jamais à especulação imobiliária”. De volta à realidade da Fundação, outra preocupação: a corrupção em vários níveis de nossa administração pública que corrói a vontade e provoca o desestímulo dos alunos quando pensam no mercado de



Juiz Alexandre Teixeira de Souza

trabalho e na possibilidade de emprego, melhor dizendo, na possibilidade do desemprego.

“Não canso de repetir que o fundamental é incutirmos na cabeça da família desses jovens, e neles próprios, que eles podem, que eles são capazes, que são aptos para desempenhar o papel que a sociedade espera deles. Talvez, o grande objetivo seja esse. Se fizermos com que esses jovens não tenham contato com drogas, com a marginalidade, com a prostituição, eu acho que essa fundação já alcançou o seu objetivo. Estaremos realizados quando esse jovem não se perder pelo caminho por falta de oportunidade”.

Com uma faixa etária abrangente, que vai dos 10 aos 18 anos, às vezes mais um pouco, na Fundação Princesa Isabel a palavra que não pode ser dita é “pessimismo” e a sempre bem-vinda é “sucesso”, conclui o juiz Alexandre de Souza. “É claro que todos nós, envolvidos nesse projeto, estaremos contentes e realizaremos nosso sonho maior se esses jovens saírem daqui grandes desportistas, grandes técnicos em informática, grandes professores de inglês, grandes juízes, porém, se alcançarmos o mínimo já teremos cumprido nossa missão”.

Delação premiada e barganha causam polêmica no mundo jurídico

Da Redação

A delação premiada faz parte de uma nova política de combate à criminalidade no país, fazendo com que se crie o estímulo ao arrependimento daqueles que já se envolveram na prática de algum crime. Surgida principalmente para combater a criminalidade organizada, a delação passa a ter maior relevância e abrangência no novo Código Penal, já aprovado no Senado, com a utilização para outras modalidades delitivas.

A delação premiada é uma espécie de barganha entre um juiz e um réu. O réu conta tudo o que sabe e o juiz, em troca, dá um “alívio” na sua pena. Isto é, para diminuir o tempo que ficaria preso, um criminoso delata os cúmplices e dá detalhes do funcionamento da quadrilha. Esse tipo de acordo com a Justiça é considerado uma espécie de “prêmio” para o réu. No Brasil, a delação premiada existe desde 1999 e já foi aplicada em cerca de três mil casos.

Dependendo do tipo de participação do réu no crime, ao fazer um acordo para a delação premiada, o juiz pode permitir que ele cumpra a pena em liberdade ou em regime semiaberto. Se o crime não for muito grave, o magistrado pode até determinar a extinção da pena, ou seja, se a informação que ele der for muito importante, poderá até sair livre. Essa possibilidade, embora exista na lei, ainda não havia sido usada no Brasil até o final de 2007. Dos criminosos que decidiram entregar os companheiros de

crime, nenhum ganhou a liberdade total, apenas a redução do tempo que ficaria na cadeia.

A delação premiada ganhou repercussão na mídia nos últimos meses, principalmente em função de Marcos Valério, ex-sócio proprietário das empresas de publicidade DNA e SMP&B – articuladoras de campanhas de políticos do PSDB e PT –, ter proposto, mesmo que tardiamente, o instituto da delação premiada em troca da redução da pena de 40 anos a que foi condenado; e ainda da possibilidade de Paulo Rodrigues Vieira, ex-diretor da Agência Nacional de Águas (ANA), apontado pela Polícia Federal como chefe da máfia dos pareceres, negociar uma delação premiada com o Ministério Público. Outro exemplo é o do réu “Macarrão”, no processo do goleiro Bruno, ex-Flamengo, que trata do possível assassinato e da ocultação do cadáver de Elisa Samúdio. O advogado de “Macarrão” teria proposto também a delação premiada em troca da redução da pena de seu cliente.

No entanto, a delação premiada vem sendo severamente criticada. Sob o ponto de vista sócio-psicológico, juristas afirmam que ela é considerada imoral ou, no mínimo, aética, pois estimula a traição, comportamento insuportável para os padrões morais modernos, seja dos homens de bem, seja dos mais vis criminosos. Sob o aspecto jurídico, indiretamente rompe com o princípio da proporcionalidade da pena, já que se punirá com

penas diferentes pessoas envolvidas no mesmo fato e com idênticos graus de culpabilidade.

Para tentar esclarecer esses pontos polêmicos e ainda pouco compreendidos do novo Código Penal, que deverá entrar em vigor em meados de 2013, um dos elaboradores do novo Código, o desembargador do TJRJ, José Muñoz Pinheiro Filho, fala sobre o assunto:

“O que podemos dizer, a princípio, com relação às críticas que o novo Código Penal vem sofrendo, entre outros assuntos, contra a *delação premiada* e a *barganha*, é que estas não seriam éticas. Esse fato, de ser ética ou não, ultrapassa a fronteira da lei e passa a ser, enfim, da própria aplicação, se a sociedade aceita ou não. Mas por quê a legislação no Brasil admite a *delação premiada*? Não para premiar um agente do crime, mas para auxiliar na punição de alguém que praticou um crime, principalmente quando se quer obter o resgate, a liberdade, de alguém sequestrado, a liberação de alguma quantia desviada do erário. Nesses casos, a *delação premiada* se transforma em um benefício para a sociedade.

Essa matéria no Brasil é regulada não no Código Penal, mas, genericamente, em leis extravagantes, especialmente as que envolvem crimes de colarinho branco, lavagem de dinheiro, crimes em bando. Nós, membros da comissão de juristas presidida pelo Ministro Gilson Dipp para elaboração do novo Código Penal, projetamos alguma coisa que envolve *barganha*, que chamamos de *delação premiada*, mas que o projeto chama de *colaborador com a justiça*.

Desde já, temos que fazer uma distinção, porque o projeto trata no artigo 105 da *barganha*, matéria que estamos inserindo no Código Penal. Tratamos primeiro da *barganha* e, em segundo lugar, o que vulgarmente chama-se de *delação premiada*, mas que nós preferimos chamar institucionalmente de *colaboração de pessoa envolvida*. A diferença entre elas é que na *barganha*, apenas aquela pessoa que, em tese, praticou um crime e admite a sua prática, mesmo que parcialmente, poderá ter esse benefício. Então, envolve somente ela. Na chamada *delação premiada* essa pessoa vai ser beneficiada por que está delatando corréus, ou seja, está envolvendo outras pessoas relacionadas com o crime.

O questionamento que se faz com relação à *barganha* é porque esta impede, de certa maneira, como está projetado, o contraditório judicial. E por quê? Por que, na verdade, não haverá processo. O projeto foi aberto, qualquer suspeito antes de ser denunciado pelo Ministério Público, desde



Ilustração: Mariana Frões

que com a presença de seu advogado e do promotor da causa, pode barganhar e barganha é contrato, um acordo de vontades, em que o Ministério Público, ao invés de oferecer a denúncia, propõe: ‘você confessa total ou parcialmente o seu crime e será beneficiado por isso’.

Porém, que fique bem claro, tem que ser uma confissão voluntária, não pode ser sob coação. Ela tem que ser real, sem mentiras, ou que, de alguma forma, tente confundir a justiça em causa própria, e, não podemos esquecer, pode ser de qualquer crime: homicídio, sequestro, tráfico de entorpecente, lesão corporal, etc. O projeto está muito aberto e eu acredito que o próprio Congresso venha a restringir alguma coisa. É provável que essa seja a primeira polêmica provocada: a *barganha* deve valer apenas para alguns crimes ou para quaisquer crimes?

E qual é a vantagem para o réu? Confessando antes da acusação, como está no artigo 105, ele primeiro negocia a pena no mínimo legal. Isso, independente de ter agravante, de ter uma causa especial. Em segundo lugar, pode negociar o regime, e esse ponto certamente será muito polêmico na discussão. Por quê? Por que o regime fechado é mais rigoroso. Uma pessoa que confessa para ter um benefício em um homicídio, um sequestro, ou até um latrocínio, não vai ficar em regime fechado? Essa pode ser uma questão polêmica. Em contraponto, está se tendo a vantagem daquela pessoa confessar quando não se sabe ainda que ela é a autora. Aliás, isso é importante, só vale a *barganha* quando não há ainda a prova formada. Em terceiro lugar, cabe a substituição da pena. Então, a *barganha* como está no projeto é para o réu que, com seu advogado, negocia, ajusta com o promotor um acordo. Este não oferece a denúncia e propõe pena mínima para o crime praticado, que poderá ser em regime aberto ou semiaberto e, ainda, sofrer uma redução na pena ou até a sua substituição.

Já a *delação premiada* é quando alguém colaborar em um crime envolvendo outras pessoas. Nesse caso, a colaboração tem que ser homologada, o que na *barganha* não é preciso. A *delação premiada* pode ser em qualquer momento do processo, a exemplo do ‘Macarrão’ no Caso Bruno. Pode ser na fase do inquérito, durante a instrução criminal ou até já em fase de recurso. Nesse caso, o réu pode ser beneficiado com a extinção da punibilidade, se ele for primário, e, caso não seja, com a redução de pena em até dois terços. E quais são as condições para esses benefícios? Primeiro, a delação tem que ser feita no curso do processo e não depois, já na condenação final, como o Marcos Valério tentou. Em segundo lugar, ele tem que admitir o fato, tem que indicar os autores, co-autores, partícipes, e mais, tem que ser com relação a pessoas que nem a Polícia sabia que estavam envolvidas. No entanto, que fique bem claro, ninguém vai ser condenado

somente porque alguém denunciou, sua denúncia será investigada, e terá que se provar o que foi dito, cabendo ao juiz a decisão final. Ninguém poderá ser condenado por mera delação de terceiros. Muitos advogados, promotores, juízes têm um pouco de receio da chamada *barganha*, da *delação premiada*. No caso da *barganha*, aqui é um pouco diferente dos Estados Unidos, porque lá a promotoria pode barganhar.

Essa é a grande polêmica, se a *barganha* não fere o devido processo legal, que é uma garantia constitucional, porque a pessoa será condenada sem responder a processo, ou seja, sem ter feito uma prova em seu favor, ou o juiz tê-la ouvido. Funciona lá, mas será que irá funcionar aqui? E a outra polêmica é se se deve valorar a acusação de um réu em relação a outros, que sequer eram conhecidos num contexto de uma investigação. Nesse ponto eu não vejo qualquer óbice em matéria constitucional. Se um ladrão, um assassino, um sequestrador, com baixos valores morais, delata outros, isso é um problema inerente à própria criminalidade, o que a sociedade deseja é apenas o esclarecimento do fato”.

Especialista em Ciências Penais pela FESMP – MG, professor de legislação criminal especial e de direito processual penal, além de promotor da Justiça Militar da União em São Paulo, Renato Brasileiro de Lima, aborda esse assunto em seu livro *Curso de Processo Penal*, publicado pela Editora Ímpetus.

“Desde tempos mais remotos, a História é rica em apontar a traição entre os seres humanos: Judas Iscariotes vendeu Cristo pelas célebres 30 (trinta) moedas; Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, levando-o à forca; Calabar delatou os brasileiros, entregando-os aos holandeses. Com o passar dos anos, e o incremento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever a possibilidade de se premiar essa colaboração. Daí a importância do estudo da *colaboração premiada*.

Espécie do direito premial, a *colaboração premiada* pode ser conceituada no ordenamento pátrio como uma técnica especial de investigação por meio da qual se concede ao participante e/ou co-autor de ato criminoso a possibilidade de não ser processado, de ter sua pena reduzida, substituída por restritiva de direitos, ou até mesmo extinta, caso venha a colaborar com as autoridades, permitindo, a depender da conduta delituosa, o desmantelamento do bando ou quadrilha, a descoberta de toda a trama delituosa, a localização do produto do crime, ou, ainda, a facilitação da libertação do sequestrado.

Há quem utilize as expressões *colaboração premiada* e *delação premiada* como sinônimas. Outros doutrinadores, todavia, preferem trabalhar com a distinção entre *delação premiada* e *colaboração premiada*, considerando-as

institutos diversos. Nessa linha, segundo Luiz Flávio Gomes, delação premiada e colaboração à justiça não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em *delação premiada* (ou chamamento de corréu). Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. A *colaboração premiada* funciona, portanto, como o gênero, do qual a *delação premiada* seria espécie.

É bem verdade que a referência à expressão *delação premiada* é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência. No entanto, preferimos fazer uso da denominação *colaboração premiada*, quer pela carga simbólica carregada de preconceitos inerentes à *delação premiada*, quer pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que nem sempre se limita à mera *delatio*. Com efeito, a chamada “*delação premiada*” (ou chamamento de corréu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal.

Sob o ponto de vista da ética e da moral, parte da doutrina posiciona-se contrariamente à colaboração (ou delação) premiada. Nessa linha, segundo Natália Oliveira de Carvalho, ao preconizar que a tomada de uma postura infame (trair) pode ser vantajosa para quem o pratica, o Estado premia a falta de caráter do codelinquente, convertendo-se em autêntico incentivador de antivalores ínsitos à ordem social.

A nosso juízo, não há falar em violação à ética, nem tampouco à moral. Apesar de se tratar de uma modalidade de traição institucionalizada, trata-se de instituto de capital importância no combate à criminalidade, além de beneficiar o acusado colaborador. De mais a mais, falar-se em ética de criminosos é algo extremamente contraditório, sobretudo se considerarmos que tais grupos, à margem da sociedade, não só têm valores próprios, como também desenvolvem suas próprias leis. Como lembra Cassio Granzinoli, ‘não é incomum a chefes de grupos de tráfico de drogas, por exemplo, determinarem (por vezes e por telefone e de dentro dos próprios presídios onde cumprem penas) a execução de outros membros do grupo ou mesmo de pessoas de bem. Estarão eles, pois, preocupados com Ética, Moral, Religião e qualquer outra forma de controle social, diversa do Direito (uma vez que este prevê maior coerção para os atos que lhe são contrários)? Certamente que não.’

Apesar de, sob certo aspecto, a existência da *colaboração premiada* representar o reconhecimento, por parte do Estado, de sua incapacidade de solucionar *sponte* própria todos os delitos praticados, a doutrina aponta razões de ordem prática que justificam a adoção de tais mecanismos, a saber: a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da ‘lei do silêncio’ que vige no seio das organizações criminosas; b) a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *affectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da *colaboração premiada*.

Essas formas de colaboração processual são plenamente compatíveis com o princípio do *nemo tenetur se detegere*. É fato que os benefícios legais oferecidos ao colaborador servem como estímulo para sua colaboração, que comporta, quase sempre, a autoincriminação. Porém, desde que não haja nenhuma espécie de coação para obrigá-lo a cooperar, com prévia advertência quanto ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII), não há violação ao direito de não produzir prova contra si mesmo. Nessas condições, cabe ao acusado decidir, livre e preferencialmente assistido pela Defesa técnica, se colabora ou não.”



Referências bibliográficas

- Aranha, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 136. Ao tratar da acusação do cúmplice, Malatesta a subdividiu em duas espécies: a acusação em sentido específico, referente à situação em que o comparsa delatado já figura como imputado nos autos do processo, e o chamamento de cúmplice, caracterizado pela indicação deste último unicamente pela palavra do acusado (MALATESTA, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 532).
- GOMES, Luiz Flávio. *Corrupção política e delação premiada*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, ano VI, n. 34, Porto Alegre, out.-nov./2005, p. 18.
- Há quem defenda ser a chamada de corréu o ato pelo qual um comparsa denuncia antigos parceiros sem que, para isso, lhe dê o legislador recompensa legal, ou seja, seria a delação não-premiada.
- Para o STJ, o instituto da delação premiada consiste em ato do acusado que, admitindo a participação no delito, fornece às autoridades elementos capazes de facilitar a resolução do crime: STJ, 6ª Turma, HC 107.916/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, j. 07/10/2008, DJe 20/10/2008.
- Nesse sentido: ARAS, Vladimir. *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 428.
- CARVALHO, Natália Oliveira. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 101.
- GRANZINOLI, Cassio M. M. *A delação premiada*. In Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 152.
- Com o mesmo entendimento: QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo* (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215.

Visão e visões

Miguel Ângelo Padilha

Membro Titular da American Academy of Ophthalmology
Diretor do Núcleo Central de Oftalmologia do Colégio Brasileiro de Cirurgiões (RJ)

No momento em que o Rio de Janeiro é brindado com a magnífica exposição de 85 pinturas do *Museu d'Orsay* no Centro Cultural Banco do Brasil, vale a pena chamar a atenção do grande público para alguns aspectos visuais que afligiram, e ainda afligem, a vida de inúmeros artistas e que fogem, muitos deles, ao conhecimento da maior parte da população.

Na verdade, há muito tempo pesquisadores em artes se debruçam na análise das obras de vários pintores sugerindo diversas explicações para a forma de cada um e eventuais mudanças em seus padrões de cores e comportamentos. Para tais analistas, muitos artistas sofreram influência de vários distúrbios oculares dos quais, possivelmente, eram portadores.

Domenikos Theotokopoulos, por exemplo, mais conhecido como *El Greco* (1541-1614), nascido na ilha de Creta mas que viveu grande parte de sua vida na Espanha, se caracterizou por representar suas figuras extremamente longilíneas. Apesar de haver certa discordância entre os analistas, para muitos deles não restam muitas dúvidas: *El Greco* devia ser muito astigmata, o que o levava a retratar objetos e pessoas muito alongadas. Na sua época já existiam óculos para corrigir vícios de refração mas não para o astigmatismo. Outros artistas também eram portadores deste mesmo erro refracional como *Cranach*, *Botticelli*, *Modigliani*.

Vincent van Gogh (1853-1890), acossado por uma série de enfermidades físicas e mentais, incluindo síndrome maniaco-depressiva, é suspeito de ter tido intoxicação digitalica (veementemente desmentido pelo seu médico e amigo, Dr. Paul Gachet), ou tomado santonina (usado no tratamento de distúrbios gastrointestinais) ou ser portador de xantopsia (do grego *xanthós* = amarelo e *ópsis* = vista), que poderiam tê-lo levado a abusar do amarelo em suas pinturas. Alguns de seus quadros mais famosos, pintados durante sua estadia na Provence, sul da França, como a *Yellow House*, *In the Harvest*, *The Starry Night*, demonstram esta característica comum de predomínio da cor amarela.



St. Andrew. The Metropolitan Museum of Art, El Greco

Após o suicídio cometido aos 37 anos, em meio a um estado de profunda depressão, foi sepultado em *Auvers-sur-Oise* em um caixão coberto com flores amarelas. A maioria das obras de *van Gogh* são mantidas em mãos de seus descendentes, através da *Vincent Van Gogh Foundation* e expostas de forma permanente em Amsterdam, no *Van Gogh Museum*.

Doenças maculares e catarata influenciaram dramaticamente a vida de muitos pintores, provocando perda de qualidade cromática e falta de definição de formas e contornos. *Mary Cassatt* (1844-1926), considerada por muitos a mais famosa artista norte-americana nos últimos 100 anos e muito identificada com o impressionismo, acabou por abandonar a pintura por causa da catarata. *Charles Meryon* (1821-1868) e outros artistas, com problemas de deficiências cromáticas severas, ao tomarem consciência da existência de tais anomalias, acabaram adotando outras formas de manifestações artísticas que não utilizassem cores.

Claude Monet (1840-1926) viveu os últimos anos de sua vida em permanente luta com as consequências da catarata e de seu resultado cirúrgico. Há inúmeras trocas de correspondências arquivadas na França, entre o pintor e seu cirurgião, algumas delas de teor bastante áspero por parte do artista, através das quais *Monet* manifestava total frustração e desespero com a sua afácia (ausência do cristalino natural existente dentro dos olhos) e incapacidade em seguir pintando adequadamente. Sua decepção foi de tal ordem, principalmente pela percepção de um tom azulado, que detestava, com que passou a ver a natureza, que não se deixou operar o segundo olho.

Totalmente diferente das técnicas cirúrgicas hoje empregadas na moderna oftalmologia e que inclui a implantação de cristalinos artificiais dotados de filtro ultravioleta, a remoção da catarata na época, através de uma grande incisão com inúmeras suturas que tinham de ser removidas semanas depois, era seguida da prescrição de óculos especiais, de lentes muito espessas, que provocavam uma série de dificuldades para andar e, no seu caso em especial, pintar. Por conta desta experiência que o atormentava imensamente, *Monet* só conseguiu superar o trauma anos mais tarde, logrando concluir cerca de 40 telas contratadas pelo governo francês e hoje parte do acervo da *L'Orangerie*.

Monet, o grande mestre do impressionismo, revela uma brusca mudança no seu estilo entre antes e depois da Primeira Grande Guerra. Documentos revelam que sua catarata já estava presente em 1912, e as alterações decorrentes dela e manifestadas em seus quadros são de tal ordem neste período que produzem o início de um movimento artístico que viria a ser denominado de expressionismo abstrato.

Seus quadros, retratando em distintas épocas jardins e pontes no seu jardim em *Giverny*, registram claramente a degradação da visão de *Monet*. Em um deles, datado de

1900 (*Water Lily Garden*), podemos ver com riqueza de detalhes toda a vegetação e o riacho por baixo da ponte coberto de flores aquáticas.



Já em outro, datado de 1922 (*Japanese Footbridge at Giverny*), *Monet* revela consequências de sua visão comprometida pela catarata, com um confuso borrão de cores bastante escuras, e onde, quase por adivinhação, percebe-se a presença do mesmo jardim.



Inúmeros outros exemplos poderiam ser citados de artistas que tiveram o privilégio de usar e abusar de cores e formas, criar ilusões pictóricas, jogar com efeitos de luz e sombra, dar distintas texturas às suas imagens, despertando em todos nós sentimentos de alegria, tristeza, admiração, repulsa. O que mais nos surpreende, entretanto, é saber que muitos deles, mesmo com todas suas mazelas humanas, seus delírios e delinquências, seus martírios, conseguiram deixar um legado perene, para toda a humanidade, de amor e respeito pelo homem e tudo o que o cerca.

Ensaio sobre o comércio à distância e o direito do consumidor

Alexandre Chini | Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro



Foto: Arquivo pessoal

Sem dúvida alguma, as interações comerciais encontram-se dentre as mais relevantes e antigas atividades do ser humano. E talvez nenhuma outra relação social tenha sofrido mais mudanças nos últimos séculos do que o comércio.

Há três mil anos, por exemplo, um mercador tinha que, por sua conta e risco, levar o cedro do Líbano ao Egito, o âmbar do Mar Báltico para o Mar Egeu e as especiarias do Extremo Oriente pelo Mar Vermelho até o Egito, em jornadas perigosas e muitas vezes de resultados imprevisíveis. Certamente, esse mesmo comerciante não imaginaria que, centenas de anos mais tarde, um consumidor, de seu computador pessoal, poderia instantaneamente adquirir nos Estados Unidos um produto produzido na China, distribuído por uma empresa com sede no Japão para ser entregue no Brasil.

A atual complexidade das relações de consumo e as novas técnicas de comercialização de produtos e serviços à distância desafiam a todos, demandando por parte dos aplicadores do direito uma profunda reflexão acerca dos princípios atinentes à matéria, sobretudo aqueles de índole protetiva, estabelecidos pela Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

O comércio à distância

As novas modalidades de venda à distância, assim como o marketing utilizado neste tipo de comércio, ao mesmo tempo em que trouxeram vantagens para os consumidores e fornecedores, aumentaram de forma exponencial o número de demandas ajuizadas.

A ampliação da vulnerabilidade do consumidor nesta modalidade de contrato, celebrado fora do estabelecimento comercial, é uma preocupação internacional, aqui retratada pela Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2011, relativa aos Direitos dos Consumidores, que alterou a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, bem como a Diretiva 1999/44/CE, do já mencionado Parlamento Europeu e Conselho, além de, também, revogar a Diretiva 85/577/CEE.

A citada Diretiva 2011/83/UE estabelece regras relativas à informação, ao direito de retratação, bem como harmoniza certas disposições relativas à execução e outros aspectos relativos aos contratos celebrados à distância e aos ajustes celebrados fora do estabelecimento comercial.

Mas o que é um contrato celebrado à distância?

Para Fernanda Neves Rebelo, “os contratos celebrados à distância constituem uma particular forma de contratação, cuja característica principal reside no fato de as partes não se encontrarem presentes fisicamente no momento da celebração do contrato, como é habitual no comércio tradicional.”

Cláudia Lima Marques, ao definir o contrato eletrônico, dispõe que “o chamado ‘comércio eletrônico’ é realizado através de contratações à distância, por meios eletrônicos (e-mail etc.), por internet (on-line) ou por meios de telecomunicações de massa (telemarketing, TV, TV a cabo etc.), é um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, em que há realmente certa ‘desumanização do contrato’ (disumanizzazione del contratto). A expressão escolhida pela doutrina italiana (Oppo, Rivista, p. 525) choca, é esta sua principal finalidade. Assim como Ghersi denominava de ‘contrato sem sujeito’ o principal tipo de contrato pós-moderno, em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e no qual todas as técnicas de contratação de massa se reunirão: do contrato de adesão, das condições gerais dos contratos, ao marketing agressivo, à catividade do cliente, à internacionalidade intrínseca de muitas relações, à distância entre o fornecedor e o consumidor.”

Dessa maneira, todos os casos em que os contratos são celebrados entre o profissional e o consumidor, no âmbito de um sistema de vendas ou prestação de serviços dirigido para o comércio à distância, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação para tais fins (ex.: por correspondência, internet, telefone ou fax), incluem-se na concepção de contrato à distância.

Direito Positivo

No que se refere ao direito positivo brasileiro, deve ser observado que à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o comércio eletrônico nem sequer existia, sendo a venda de porta em porta, por telefone, pela TV, ou por malote postal, as modalidades de venda à distância mais utilizadas naquele tempo.

Diante do desconcertante dinamismo da vida, é intuitivo que o nosso sistema necessita ser atualizado e, atento a essa nova realidade, a Comissão de Juristas do Senado Federal Brasileiro elaborou um Anteprojeto de Lei para alteração do Código Consumerista, a fim de aperfeiçoar os direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança nas

relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico, buscando, ainda, a proteção do consumidor em relação à mensagens eletrônicas não solicitadas (spams), além de disciplinar o exercício do direito de arrependimento.

Contudo, mesmo sem haver até então norma específica regulamentando o comércio eletrônico, os consumidores não se encontram desprotegidos, visto que podem amparar-se nos princípios da vulnerabilidade, da informação, da transparência, da boa-fé, da efetividade e da confiança, todos já consagrados no atual Código de Defesa do Consumidor, constituindo tais premissas as bases fundamentais de todo o sistema, sendo plenamente aplicáveis aos contratos celebrados à distância.

Código de Defesa do Consumidor

Espalhados pelo Diploma Consumerista já é possível vislumbrar a presença de alguns artigos garantidores desse tipo de relação comercial, como é o caso do artigo 33 do CDC, que se aplica ao comércio eletrônico, ao impor o dever de informar ao consumidor, nas fases pré-contratual, contratual ou pós-contratual, o nome do fabricante e seu endereço.

Da mesma forma, destaca-se a regra do artigo 49 do CDC, a qual permite ao consumidor desistir do contrato, “independente de justificativa, e sem incidir perdas e danos”, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio, prevalecendo “na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de ser aplicável também os contratos celebrados via internet”.

Nesse sentido, caso haja exercício do direito de arrependimento previsto no citado artigo, os valores, eventualmente pagos a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados, devendo o consumidor, em razão da desistência, devolver o produto nas condições que recebeu, ou seja, “deverá cuidar para que o bem não pereça e não sofra qualquer tipo de desvalorização, devendo evitar usá-lo ou danificá-lo” e, caso não possa devolver o produto nas condições que recebeu, terá que ressarcir o prejuízo suportado pelo fornecedor, evitando-se, dessa maneira, o enriquecimento ilícito e afronta ao princípio da boa-fé, o qual, também, está vinculado o consumidor.

Deve-se atentar, contudo, para a possibilidade do conteúdo objeto do contrato ser produzido e fornecido em formato totalmente digital, como programas e aplicações de computador, jogos, música, vídeos ou textos, independentemente da forma de acesso.

Analisando a questão, ressaltou Cesar Viterbo Matos Santolin que o “comércio eletrônico voltado ao consumidor (B2C) impõe uma prévia distinção entre duas situações: aquela que envolve os chamados ‘bens digitais’ (*digital goods*) e a que trata dos ‘bens convencionais’, ou ‘comuns’ ou ‘ordinários’ (*ordinary goods*). Lena Olsen destaca que no primeiro caso o consumidor não apenas usa o meio eletrônico para o aperfeiçoamento do negócio, mas também a execução ou o cumprimento do contrato é feita do mesmo modo. Isso pode ocorrer na aquisição de *softwares*, por exemplo, onde a entrega do ‘bem digital’ é feita por meio eletrônico (via *download* do programa). Outra hipótese ocorre quando, embora o aperfeiçoamento do contrato se faça por meio eletrônico, a sua execução opera-se pela tradição, através do encaminhamento físico do ‘bem’, pelo correio ou outro meio de transporte.”

Nestas hipóteses, em caso de eventual desistência do consumidor, a devolução do produto parece gerar alguns questionamentos, por conta de sua natureza diferenciada. Isso porque o produto poderá ficar gravado no HD do computador do consumidor, o que não ocorre com um suporte material ou por qualquer outro meio, como CD ou um DVD, que são passíveis de devolução. Nesse caso, poderia se dizer que existe uma exceção à regra do artigo 49 do CDC.

A Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu, em seu artigo 16º, impõe várias exceções ao direito de retratação relativamente aos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, dentre elas, cite-se o fornecimento de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, caso a execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor, haverá o seu reconhecimento de que deste modo perderá o direito de retratação.

Newton de Lucca ao analisar o tema nos traz o pensamento de Fábio Ulhoa Coelho, que excepciona a aplicação da norma do artigo 49 do CDC, quando as informações constantes do site são as mesmas fornecidas na loja física, destacando: “se o site permite ao consumidor ouvir faixas de um CD e apresenta todas as informações constantes da capa e contracapa (isto é, franquia rigorosamente tudo o que teria acesso o mesmo consumidor se estivesse examinando o produto numa loja física), então não há razões para reconhecer o direito de arrependimento”.

Contudo, segundo Lucca, a aplicação do artigo 49 do CDC deve ter uma abordagem sob o enfoque do princípio da boa-fé: “sou partidário, no entanto, da introdução de uma ressalva no sentido de ser possível aquele exercício nos casos de comprovada boa-fé por parte do consumidor, harmonizando-se, assim, o disposto no art.49 do CDC

com o princípio da boa-fé objetiva previsto no art.4º, III, do mesmo diploma legal”.

Assim, encarando a boa-fé como uma via de mão dupla, deverá o julgador no caso concreto, verificar se o consumidor atuou com uma consciência ética. Segundo o professor Diógenes Faria de Carvalho: “o princípio da boa-fé objetiva se constitui numa cláusula geral que demanda um esforço de concretização do aplicador do direito. Seu reconhecimento, como ficou demonstrado, insere-se num processo de retomada da consciência ética. Possui desta feita, uma função integradora da obrigação, que impõe lealdade entre as partes”.

Cancelamento por ilicitude

Outra questão relevante a ser destacada é a do cancelamento de uma compra feita com cartão de débito ou crédito, em decorrência da indevida utilização, por terceiros, do cartão, do número ou da senha (fraude, furto, roubo etc.). Nesse caso, o cancelamento tem um motivo especial, qual seja, a ocorrência de um crime. Diferente do arrependimento, do art. 49 do CDC, cujo cancelamento decorre do exercício de um direito potestativo, o qual não necessita ser motivado.

Com relação à fraude e outros tipos de crime passíveis de acontecer por este meio, o fornecedor de produtos e serviços tem o dever de adotar todas as medidas necessárias para que seu sistema não seja suscetível a tal ocorrência, não se tornando um ambiente propício para que ilicitudes desse gênero aconteçam. Até porque, possui responsabilidade objetiva decorrente do próprio fortuito interno, inerente ao risco do negócio.

Competência

Finalizando o exposto, cumpre indagar qual o foro competente para dirimir eventual conflito existente nesta globalizada relação de consumo, como na hipótese de um consumidor brasileiro comprar pela internet um produto produzido no México, comercializado por uma empresa com sede na Itália, distribuído por uma empresa estabelecida no Cairo?

Nos termos do que dispõe nossa lei principiológica consumerista vigente, o foro competente será o do domicílio do consumidor (art. 101 do CDC), sempre que o apoio da responsabilidade tiver como base os artigos 12 a 14 do CDC, em relação à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e artigos 18 a 20 do CDC, em se tratando de responsabilidade por vícios do produto ou do serviço.

Essa regra protecionista tem como fundamento a facilitação do acesso do consumidor à defesa de seus interesses em juízo (art. 6º. do CDC), constituindo-se um direito básico, que lhe permite propor a ação de

responsabilidade civil contra o fornecedor de produtos ou serviços da forma menos onerosa.

Sérgio Cavalieri Filho destaca de forma clara que “o objetivo da norma é facilitar o acesso do consumidor à justiça, que pela regra do Código de Processo Civil (foro do domicílio do réu) teria que acionar o fornecedor, na maioria das vezes, na justiça de outro Estado ou cidade muito distante, v.g., consumidor domiciliado no Rio de Janeiro e fornecedor com sede em Porto Alegre”.

Por sua vez, Cesar Viterbo Matos Santolin, estabelece que “no tocante à relações de consumo, indica-se a possibilidade do exercício de jurisdição tendo como referencia o domicílio do consumidor, consequência da sua caracterização como hipossuficiente, como ocorre, por exemplo, no Tratado de Roma (Comunidade Européia), art.5º, ou, no Brasil, na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art.101,I.”

Em razão da complexidade da matéria, não se pode esquecer que todos aqueles que participam da cadeia de fornecedores tem responsabilidade obrigacional solidária, mesmo possuindo personalidade jurídica distinta do fabricante, ainda que com sede no exterior. Até porque, a “economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas.”

Conclusão

Destarte, não podemos olvidar que o Código de Defesa do Consumidor, cuja promulgação completou 22 (vinte e dois) anos, passará por mudanças, tendo como ponto inicial o Projeto de Lei proposto pela mesa do Senado Federal. A Comissão de Juristas que alicerçou o projeto de reforma em três pontos: prevenção ao superendividamento, regras sobre comércio eletrônico e disciplinamento de ações coletivas. Tais normas, no que toca o comércio eletrônico, versam sobre a divulgação dos dados do fornecedor, da proibição do spam, do direito de arrependimento da compra e das penas práticas abusivas contra o consumidor, visando, principalmente sanear problemas corriqueiros evidenciados pelo Poder Judiciário. Aguardemos a vigência e eficácia da *novatio legis* que certamente têm o condão de minimizar vícios nas relações de consumo advindas dos meios eletrônicos.

Por tudo o que foi visto aqui, é de se concluir que assim como as relações comerciais vão se desenvolvendo, progredindo e mudando seus paradigmas, não estatizado pode ficar o direito, pois nem os antigos mercados do período minóico como aqui se fez alusão ficaram estáticos. Na visão Tridimensional do Direito, ideia inovadora do

notável jurista Miguel Reale, o direito é um fato social, é valor, refletido dos adotados pela sociedade e é norma, esse impulso dialético mostra a sua dinamicidade e é deste modo que deve ser, já que só assim os interesses, sobretudo dos mais vulneráveis, não ficarão sobrestados, evitando serem “engolidos” pelo Mercado de Consumo. 

Referências bibliográficas

- AQUINO JUNIOR, Geraldo Frazão de. *Contratos Eletrônicos: a boa-fé e a autonomia da vontade* – Curitiba: Juruá Editora, 2012.
- CARVALHO, Diógenes Faria de. *O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia: PUC Editora, 2011.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor Fundamentos Doutrinários e Visão Jurisprudencial*, 2ª. Edição, Editora Lúmen Júris.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*, Editora Atlas S.A.
- FROTA, Mário. *A Causa dos Direitos dos Consumidores*, Liber Amicorum em homenagem ao Jurista Mário Frota, Editora Almedina.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Junior e Zelmo Denari. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª edição – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- LUCCA, Newton, “Comercio Eletrônico na Perspectiva de Atualização do CDC”, *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Vol II, nº 03, Setembro 2012- – Editora Bonijuris/J.M. Editora. pp. 113/130.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES, Claudia Lima. Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista do Tribunal, 3ª. edição.
- MARQUES, Claudia Lima. A proteção do Consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos a distância no comércio eletrônico - *Revista de Direito do Consumidor* – nº 41 – Janeiro-março de 2022 – Editora Revista dos Tribunais. pp. 38/79.
- MARQUES, Claudia Lima. Proteção do Consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. *Revista de Direito do Consumidor* – nº 57 – Ano 15 janeiro-março 2006, Editora Revista dos Tribunais pp. 09/59.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª. edição, Editora Saraiva, 2009.
- SANTOLIN, Cesar Viterbo Matos. “Os Princípios de Proteção do Consumidor e o Comércio Eletrônico no Direito Brasileiro”, *Revista de Direito do Consumidor* n. 55, pp. 52/84, Editora Revista dos Tribunais.
- SENADO FEDERAL - Relatório-Geral Comissão de Juristas de Atualização do Código de Defesa do Consumidor- Antonio Herman Benjamin (Presidente), Cláudia Lima Marques (Relatora-Geral), Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Leonardo Roscoe Bessa, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, BRASÍLIA – 2012.
- KLAUSNER, Eduardo Antonio. *Direito do Consumidor no Mercosul e na União Europeia: acesso e efetividade*, Editora Juruá, 2006.
- GUGLINSKI, Vitor. “O Chargeback e suas Repercussões no E-commerce e nos Direitos do Consumidor e da Empresa”, *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, pp. 235-244, out.-dez. 2011.

A judicialização e as operadoras de planos de saúde

Evangelina Castilho Duarte | Desembargadora do TJMG

A judicialização da saúde é fenômeno mundial, e ocorre em praticamente todos os países, em especial naqueles que possuem sistema de saúde pública abrangente, e que preservam a Democracia e o Estado de Direito.

Conforme dados do Banco Mundial, divulgados no Salzburg Global Seminar, Realizing the Right to Health, realizado em Salzburg, Áustria, de 09 a 14 de novembro, do qual participei como representante do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no Brasil, em 2010, foram instaurados 240.000 processos sobre a matéria; enquanto na Colômbia foram 95.000 processos; na Costa Rica, 4.000 processos; na Argentina, somente na cidade de Buenos Aires, 1.159; e no Uruguai, 50 processos.

A relação entre o número de processos instaurados e os serviços de saúde está intimamente ligada ao número de habitantes, e à extensão das coberturas oferecidas.

Deve-se frisar, ainda, que esse enorme número de processos, no Brasil, engloba tanto as ações contra o poder público, em relação ao sistema único de saúde, como contra as operadoras de planos de saúde privados, não podendo ser considerado, em números absolutos, como absurdo.

O estudo do Banco Mundial conclui, ainda, que a litigiosidade envolve serviços essenciais e não essenciais.

Assim, para desenvolver esse trabalho, que trata apenas da saúde suplementar, é preciso assentar algumas premissas.

A primeira é de que será dado um enfoque privado, da relação individual e particular entre usuários e planos de saúde, como direito individual e fundamental garantido pela Constituição da República.

A segunda é de que a judicialização decorre do descumprimento pelas operadoras de planos de saúde dos direitos assegurados aos usuários, mas também de dúvidas oriundas de contratos que contêm cláusulas dúbias ou de difícil compreensão, e, ainda, da conscientização do cidadão

de que pode buscar o Poder Judiciário para ter assegurados seus direitos e garantias individuais constitucionais.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, nos termos do art. 196, da Constituição da República, sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização, controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado, nos termos do art. 197, da Constituição.

Integra, ainda, o rol de direitos humanos contido na carta das Nações Unidas.

A pessoa física ou jurídica de direito privado que, nos termos da Lei 9.656/98, se dispõe a participar do sistema de saúde nacional, prestando atendimento médico, ambulatorial, hospitalar, odontológico, a clientes, através dos denominados planos de saúde, está inserida no âmbito das políticas sociais e econômicas previstas na Constituição da República, e assume parte da responsabilidade pelo cumprimento daquelas metas oficiais.

É o que dispõe a Lei 9.656/98:

Art. 35 - A assistência a que alude o art. 1º desta lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta lei e do contrato firmado entre as partes.

Porém, no âmbito da relação existente entre a pessoa física ou jurídica de direito privado e seus associados, há relação de direito privado e de consumo, sendo inquestionável, nos termos da jurisprudência dominante nos tribunais, de que são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, para dirimir conflitos entre eles.

Ora, a pessoa jurídica que administra planos de saúde



Foto: Renata Caldera Fotografia T.M.G

presta serviços e o faz em caráter habitual, que resulta na sua caracterização como fornecedor, conforme CDC. E, no caso daquelas operadoras que não se organizam como cooperativas, mas como empresas, há, ainda, a circunstância de que buscam lucro com sua atividade, o que configura a prestação de serviços, abrangida pela Lei 8.078/90.

Prestigiam-se os princípios da boa-fé objetiva e da eticidade, que devem reger os contratos, conforme orientação do Código Civil de 2003, e do Código de Defesa do Consumidor.

A boa-fé objetiva assenta-se na premissa de que os contratos devem ser claros, redigidos de forma compreensível pelo leigo, sem cláusulas contraditórias, e sem estipulação de obrigações iníquas para uma das partes.

O princípio da eticidade funda-se na premissa de que os contratantes devem-se respeito mútuo, e, uma vez estipulados direitos e obrigações, estes devem ser cumpridos, sem polêmicas.

Aplicam-se, pois, a Lei 9.656/98 e o Código de Defesa do Consumidor, ocorrendo o que Cláudia Lima Marques chama de diálogo das fontes, e que podemos tratar como interlocução das normas.

Havendo, assim, relação de consumo, quando ocorrem conflitos, aplica-se a Lei 8.078/90, decidindo-se em favor do consumidor que é a parte hipossuficiente da relação, a quem deve ser dada a proteção prevista no art. 196, da Constituição da República.

Convém ressaltar que, especialmente nos planos de saúde coletivos ou corporativos, o associado não tem

sequer acesso às suas regras no momento da adesão, pois a cláusulas são ajustadas entre o administrador do plano de saúde e o estipulante. Nos contratos privados, firmados entre o administrador do plano de saúde e o aderente, nem sempre são esclarecidas as regras que irão vincular as partes, não tendo o associado ciência prévia das restrições e obrigações que lhe são impostas.

Assim, quando há discussão, em juízo a respeito dos direitos e obrigações previstos em contratos de plano de saúde, aplica-se o disposto no art. 51, CDC, para aferição da existência, ou não, de cláusula abusiva no contrato de prestação de serviços, ou na conduta da prestadora desses serviços.

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio do contrato.

O primeiro ponto a ser tratado, portanto, a respeito de abusos que são imputados às prestadoras de serviços, é o de exclusão de coberturas.

É possível a previsão de exclusão de coberturas de atendimentos e procedimentos, se inseridas no contrato celebrado.

É o que dispõe o art. da Lei 9.656/98:

“É instituído plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados

exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária à internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta lei, exceto.

- tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
- procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
- inseminação artificial;
- tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
- fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
- fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;
- fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;
- tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;
- casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.

A própria lei especifica os casos de exclusão de coberturas, sendo relevante frisar que as hipóteses mais frequentes de negativa de cobertura são de implante de próteses e órteses em cirurgias coronarianas e ortopédicas, e de fornecimento de medicamentos.

Primeiro, para que a cláusula de exclusão tenha validade, é indispensável que o associado tenha ciência inequívoca dessa restrição ao seu atendimento, que a cláusula seja escrita de forma compreensível, em letras destacadas.

A ciência do conteúdo da restrição de cobertura deve ser dada de preferência em separado, para que seja inquestionável, e assegure o direito à recusa de atendimento pelo prestador de serviço.

A recusa à implantação de prótese e órtese é considerada abusiva, quando esses equipamentos estão ligados à cirurgia, porquanto não basta a realização do procedimento cirúrgico, se não for implantada a prótese ou órtese, que é parte do tratamento médico, que se tornará ineficaz sem o implante.

A recusa de cobertura de implantação de prótese e órtese resulta em desvio de cumprimento da finalidade do plano de saúde, que deve observar, com rigor, o art. 1º, da Lei 9.656/98.

O egrégio STJ, em recentes decisões, pontuou que a negativa de implantação de “stents” implica em danos morais ao paciente, a quem são impostos sofrimento e aflição pela negativa injusta para fornecimento da órtese.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de

Minas Gerais é, no entanto, ainda no sentido de que a negativa constitui descumprimento contratual, que não implica em danos morais, já se direcionando, porém, em algumas Câmaras Cíveis para o reconhecimento do dever de indenizar, considerando que a negativa de implante não constitui mero aborrecimento, e causa severa ansiedade ao paciente.

O fornecimento de medicamentos, que os planos de saúde consideram não aprovados pela ANS, também pode constituir conduta abusiva, porquanto, ainda que sejam remédios experimentais ou ainda não adotados no mercado brasileiro, podem ser os adequados para o paciente, e, se houver recomendação médica, devem ser fornecidos.

O médico é senhor da razão no tratamento administrado.

Outro ponto que suscita discussões e demandas é o de exigência de carência.

Ora, o art. 12, da Lei 9.656/98, dispõe:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

V - quando fixar períodos de carência:

- a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;
- b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;
- c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;

Ora, o prazo de carência é previsto em lei e, também, deve ser levado ao conhecimento inequívoco do associado, para que não resulte em lesão ao seu direito à saúde e à recuperação.

Porém, havendo urgência ou emergência de atendimento, o prazo de carência é drasticamente reduzido, e deve ser observado pelas operadoras de planos de saúde.

O descumprimento é abusivo, e lesa direito do consumidor, que vem sendo restaurado em juízo.

Também relevante ser lembrada a limitação de prazo de internação em hospital ou CTI.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

II - quando incluir internação hospitalar:

- a - cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos;

b - cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente;

A Súmula n. 302, do Superior Tribunal de Justiça, orienta: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.

O fundamento para essa orientação, é que o consumidor não pode antever, no momento da contratação, qual será o período apropriado para a recuperação de toda sorte de doenças, nem qual será a data em que necessitará de atendimento.

Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, por violação do princípio da dignidade da pessoa humana, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento apropriado para seu quadro clínico, com o risco severo de morte, apenas porque assim fez constar o pacto a que aderiu.

Ao médico que atende e acompanha o paciente é que cabe determinar o prazo de internação em hospital ou em CTI, não podendo o plano de saúde impor essa limitação, que contraria a finalidade da contratação, e fere o direito à recuperação, que é garantia constitucional.

O tema mais polêmico e atual é de aumento de contribuição por faixa etária.

Alcançar determinada idade é evento futuro e incerto, que não pode ser adotado como fundamento para modificação de cláusulas contratuais, que devem ser certas e determinadas.

A Lei 9.656/98, em seus artigos 14 e 15, trata do impedimento de participação em planos de saúde em razão da idade, e da variação da contraprestação para essa participação.

Só é possível a majoração da contraprestação, se houver previsão expressa e destacada de que ela ocorrerá, em razão de faixa etária do participante.

Art. 14. Em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde.

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

**& Tício Lins e Silva
Ilídio Moura**
ADVOGADOS ASSOCIADOS

**Experiência e tradição
de mais de 80 anos**

Rio de Janeiro

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

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

Brasília

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

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem se pontuado no sentido de que o aumento da contraprestação, em razão da faixa etária, se o percentual não está especificado no contrato, havendo apenas previsão de que haverá variação, deve se situar em percentual razoável, não se permitindo que atinja a boa-fé objetiva dos contratos, e a sua finalidade.

Observa-se, ainda, do dispositivo legal que é vedado o reajuste para os consumidores com mais de 60 anos que participem dos planos de saúde previstos em lei há mais de 10 anos.

Porém, se o participante demonstra que tem conhecimento de que haverá majoração da sua contraprestação quando atingir determinada faixa etária, não haverá abusividade nesse aumento.

Não se aplica a Lei Federal n. 9.656/98 aos contratos celebrados antes de sua entrada em vigor, ainda mais quando o usuário opta por permanecer no plano anterior. A permanência no plano anterior só não será admitida, se houver esclarecimento sobre a conveniência de migração.

Se a cláusula restritiva de direitos do segurado foi previamente conhecida por este, quando da assinatura do contrato, e não foi redigida em letras minúsculas, sendo, ainda, de redação clara e objetiva, não maculando o objeto intrínseco do contrato, não há que se falar em abusividade e nulidade desta cláusula.

Merece, ainda, referência a polêmica de rescisão do contrato por atraso no pagamento das mensalidades.

Ora, havendo no contrato de prestação de serviços uma relação de consumo, é abusiva a rescisão unilateral do fornecimento, sob alegação de haver atraso no pagamento, pois a motivação é fundada apenas no interesse econômico da administradora, sem levar em consideração a necessidade do usuário.

Essa rescisão será considerada abusiva, especialmente quando a administradora do plano de saúde vem recebendo com atraso as parcelas mensais, e, ao ser acionada para prestação dos serviços, nega-se ao cumprimento do contrato, sob alegação de inadimplência, que fora por ela tolerada.

Trata-se de imposição contraditória com sua conduta de recebimento em atraso.

Conclui-se, assim, que havendo relação de consumo, o contrato e a conduta do administrador do plano de saúde serão examinados com base nos dispositivos da lei específica, e do Código de Defesa do Consumidor, bem como com base nos princípios da boa fé objetiva e da eticidade, que inspiram o moderno direito privado nacional.

Aplica-se, ainda, a responsabilidade objetiva, não se cogitando de culpa, mas apenas do descumprimento do contrato. E é cabível a inversão do ônus da prova, para que as operadoras de planos de saúde comprovem que o usuário tem ciência das restrições que lhe são impostas.

Apenas para responder a questionamentos apresentados em eventos que tratam do Direito à saúde, impõe-se observar que a Lei das Cooperativas só se aplica entre a administradora de plano de saúde, organizada como cooperativa, e seus membros, ou cooperados, que são os profissionais de saúde que a ela se associam, e não entre a administradora e os usuários dos planos que não são cooperados, mas clientes.

Conclui-se que a preocupação das operadoras de planos de saúde com seus custos não deve ser limitada à estrita visão financeira, mas deve se sustentar na tentativa de eficiência na prestação dos serviços em busca de prevenção de desperdício.

A abordagem sobre as relações entre as operadoras de planos de saúde e seus clientes, deve ter em vista muito mais a prevenção de doenças, para preservação da saúde, do que a sua recuperação, com atendimento apenas curativo, como meio de eficiência na prestação do serviço e na gestão dos planos.

É indispensável a constatação de que a população brasileira passa por envelhecimento, sem que lhe tenha sido garantida a prevenção da saúde, senão a partir de determinado momento histórico, e com vacinação massiva, porém, sem apoio em nutrição, qualidade de vida e em abordagem da preservação da funcionalidade orgânica.

A conclusão a que se chega é que a judicialização da saúde é inevitável, mas não pode ser considerada como antagonismo entre o Poder Judiciário e as operadoras de planos de saúde, sendo necessária a integração da sociedade na discussão da matéria para seu aprimoramento. 

Referências bibliográficas

- Gloppen, Siri and Rosemam, Mindy Jane - Litigating Health Rights Can Courts Bring More Justice to Health? - Human Rights Program Harvard Law School - Harvard University Press - 2011
- Cubillos, Leonardo and Escobar, Maria Luisa - Universal Health Coverage and Litigation in Latin America - World Bank Institute Journal of Health Organization and Management - Vol. 28 - n. 3 - 2012.
- A Constituição e o Supremo - 4ª edição - Brasília - 2011.
- Planos de Saúde Aspectos Jurídicos e Econômicos - Organização e Coordenação Luiz Augusto Ferreira Carneiro, Marcos Paulo Novais Silva e Francine Leite - Editora Forense e IESS - Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - Rio de Janeiro - 2012.
- Revista Brasileira de Direito da Saúde - Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas - Número 1 - julho a dezembro de 2012.
- Marques, Cláudia Lima - Contratos no Código de Defesa do Consumidor - Editora Revista dos Tribunais - 4ª edição - 2002.

Ponderações acerca dos contratos de assistência funerária no direito brasileiro

Direito atual em perspectiva

Júlio César Ballerini Silva | Juiz de Direito do TJSP

Os romanos, com sua singular pragmaticidade, asseveravam no sentido de que *mors omnia solvit*, ou seja, em tradução literal, uma ideia de que a morte tudo resolve, de sorte tal que, ao menos hipoteticamente, com o falecimento do *de cujus sucessionibus agitur*, os problemas estariam acabados, tudo estaria resolvido.

Isso porque, no direito romano, bastaria que se morresse com um herdeiro homem que este seria responsável pelo culto dos antepassados, impedindo que os mortos de dada estirpe familiar passassem por necessidades no mundo espiritual, com libações anuais nas sepulturas dos parentes mortos¹. Aí pode-se perceber a gênese dos rituais que empregamos no dia dos mortos.

No entanto, como sabido, as coisas nem sempre se dão desse modo, eis que com a morte do indivíduo um sem número de problemas pode ser destacado, tendo o legislador criado tantas situações polêmicas que hoje não se tem como incomum encontrar-se autores que defendem a necessidade de um verdadeiro planejamento sucessório prévio enquanto conjunto de medidas para preservação patrimonial e da autonomia da vontade². Esta situação parece não excluir o próprio planejamento prévio das exéquias e do sufrágio da alma.

Tudo isso repercutindo na revisão do vetusto adágio romano, eis que a morte parece ser o marco inicial de inúmeros problemas jurídicos notadamente no que se



Foto: Arquivo pessoal

refere a preocupações dos familiares do *de cujus* com despesas referentes ao funeral e ao próprio sepultamento (as exéquias), incluindo-se aí despesas com ritos religiosos.

Aliás, o Código Civil já estabelece como regra que ritos religiosos somente poderão ser abatidos da herança deixada se houver menção expressa em testamento, nos estritos termos preconizados pelo advento da norma contida no seu artigo 1.998 (as despesas por sufrágio de alma), entendendo-se, ainda, que isso possa ser estabelecido por codicilo³. Do contrário, quem as autorizou arcará com os seus custos, não obstante as demais despesas funerárias saírem do monte da herança⁴.

No direito comparado, pode-se encontrar no direito português a ideia de que todas as despesas, inclusive as de sufrágio de alma, sejam suportadas pelas forças da herança (artigo 2.068 do Código Civil Português); enquanto que no direito alemão, o BGB estabelece que tais despesas serão suportadas pelo espólio, desde que havidas com moderação (art. 1.968)⁵, quiçá, essa última providência mais adequada, eis que havida sob a perspectiva de um juízo de proporcionalidade no caso concreto.

Essas demais despesas funerárias, mencionadas no Código Civil brasileiro, devem ser entendidas em sentido amplo, envolvendo “não apenas aqueles gastos referentes ao funeral propriamente dito, mas também todos os gastos derivados de sua morte, como por exemplo, as despesas médicas e hospitalares, jazigo ...”⁶. De todo modo, isso repercutirá nas forças da herança, em prejuízo do quanto cada herdeiro poderia vir a perceber.

Com relação às despesas médico-hospitalares, estas geralmente se encontram cobertas pelos planos de saúde ou seguro-saúde, que contêm disciplina legal própria, qual seja, a Lei nº 9.656/98, que deve ser interpretada em conjunto com a Lei nº 8.078/90, eis que inequívoco o caráter consumerista dessas relações contratuais, conforme já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 469 que, em linhas gerais, confirma a redação do artigo 35-H da Lei dos Planos de Saúde).

Tais preocupações, no entanto, não passam despercebidas a uma considerável parcela da população brasileira, sobretudo no que concerne às classes economicamente menos privilegiadas⁷, em que o apreço pelos familiares gera o anseio de livrá-los do fardo de arcar com despesas deste jaez o que tem aspecto mais relevante em tempos de ascensão social desta nova classe média emergente. Classe média que nessas condições pode se permitir despesas de planejamento das exéquias, em mercado que já capta milhares, senão milhões de usuários, sem que o Estado tenha se preocupado com sua disciplina, de um modo mais específico, até o momento.

Tanto assim que tais contratos acabam encontrando sua normatização em preceitos contidos nos artigos 21 e

22 do Código de Ética e Autorregulamentação do Setor Funerário organizado pela Abredif – Associação Brasileira de Empresas e Diretores Funerários⁸, o que, obviamente, não exclui a incidência de regras atinentes à proteção dos contratantes dentro de um regime consumerista, desde logo, ou seja, mesmo antes da aprovação de uma lei específica que discipline o setor, como se passará a expor nas linhas a seguir.

Isso porque, mesmo com o advento de lei futura e específica, não se poderá negar o caráter consumerista destas relações, que restam havidas, as mais das vezes, por contratos de massa, com cláusulas previamente impressas, em manifesta situação de hipossuficiência para quem adere (como sabido esses contratos são preparados por corpo jurídico que busca preparar um cenário jurídico mais favorável ao prestador de serviços).

Mesmo que se abstraísse o caráter de contratação de massa, ainda assim não se poderia deixar de entender esses contratos como relações de consumo, eis que quem se dispõe à aquisição de tais planos o faz como destinatário final dos produtos e serviços oferecidos (presença dos requisitos do artigo 2º da Lei nº 8.078/90), sendo inequívoco que aí se insira uma relação de consumo e que, mesmo havendo lei específica, não poderá tal lei deixar de ser interpretada de acordo com os cânones de justiça contratual e da função social dos contratos em relações de consumo.

Assim, para esse tipo de contrato não seria vedada a aplicação de regime jurídico próprio consumerista, com possibilidade de arrependimento em sete dias, vedações à publicidade enganosa, possibilidade de inversão de ônus probatórios, proibição de emprego de técnicas contratuais abusivas (com relação a tanto não se poderia deixar de apontar que muitas vezes o contratante está imerso em estado de fragilidade emocional, própria da situação de perda de entes queridos) etc.

Mas, para preenchimento desta lacuna legislativa se encontra em discussão o Projeto de Lei nº 7.888, de novembro de 2010, de autoria do Deputado Federal Antônio Mendes Thame, com disciplina específica dos Planos de Assistência Funerária, diploma muito preocupado com a questão de reservas financeiras e regularidade contábil dessas operações – prevenindo-se, quiçá, fraudes em contratos de longa duração, eis que pela sua própria peculiaridade (lida com a questão do chamado termo incerto – a morte) tendem a perdurar por longos espaços de tempo até que se verifique a morte do titular, dando ensejo a que esses fornecedores cumpram com suas obrigações.

Com tais previsões, inclusive, pretende evitar-se os problemas dos chamados fundos mútuos que foram muito difundidos no mercado brasileiro, na década de 70.⁹

O artigo 2º do Projeto em questão, em seus incisos, se refere à necessidade de que as entidades regularmente estabelecidas que pretendam oferecer esses planos devam efetuar reservas técnicas e reservas de insolvência, no intuito manifesto de proteção aos consumidores que venham a aderir a tais contratos.

Outro dado interessante deste mesmo conseqüente é o fato de que se exige que a atividade seja exclusivamente voltada ao oferecimento destes planos, o que leva a entender que não se poderia pretender manter a *práxis* contratual atual desses planos oferecerem outros tipos de serviços agregados, tais como contratos de seguro de vida ou de seguro saúde.

O projeto em questão, em seu artigo 3º, parágrafo único, estabelece qual seria o objeto desses novos contratos de assistência funerária, apontando no sentido de que “considera-se plano funerário ou serviço de assistência funerária o conjunto de serviços contratados a serem prestados ao titular e seus dependentes, compreendendo toda a realização de um atendimento funerário, organização e coordenação das homenagens póstumas, do cerimonial e dos traslados, providência administrativa, técnicas legais e fornecimento de artefatos”.

Ou seja, tais contratos serão complexos, abrangendo exéquias e despesas por sufrágio de alma, que deverão estar englobadas na contratação, que se pressupõe seja feita por empresa regular (o Projeto exige que exista regularidade contábil e quitação de todos os tributos¹⁰), que deverá estabelecer toda a logística desse tipo peculiar de obrigação, inclusive com análise de documentos para viabilizar administrativamente o sepultamento (para que o consumidor e/ou seus dependentes não tenham que passar pelo gólgota burocrático, nesse tipo de situação – a prestadora terá que cuidar desta logística).

Tais contratos, portanto, contêm em seu bojo obrigações de resultado e não de risco, dada a sua própria natureza, sendo certo que a responsabilidade dessas empresas prestadoras será manifestamente objetiva no que disser respeito a danos que venham a ser experimentados pelos beneficiários – normalmente o titular não será pessoa na acepção técnica do termo, eis que sua personalidade estará extinta (a menos que se cuide do falecimento de um dependente). Como se exporá linhas adiante, mesmo antes de regramento legal específico, a jurisprudência já trata dessas espécies contratuais como relações de consumo.

B | M Bergher & Mattos
Advogados Associados

Advocacia Criminal



Ocorre, portanto, prestação de serviços com fornecimento de mercadorias, ou seja, os artefatos peculiares desta prestação, tais como caixões, velas, coroas de flores, etc.. Recomenda-se que tudo isso esteja devidamente discriminado na minuta contratual, eis que, sendo relação de consumo, seria de se aplicar o brocardo *in dubio pro debilis*.

O próprio artigo 6º do Projeto em análise prevê um conteúdo mínimo obrigatório a ser fornecido para o consumidor, com exigência de descrições detalhadas de todos os serviços compreendidos nessa assistência funerária, com apontamento de tudo que vier a ser consumido, ou não, abrindo margem para que ocorram contratos coligados com terceiros (art. 6º, alínea “a”, parte final). Por exemplo, pode haver contratação de uma floricultura para decorar o local do velório, que não seja necessariamente a prestadora do plano de assistência funerária, não se excluindo a possibilidade de que grandes prestadoras do setor venham a firmar contratos com funerárias de menor porte, em localidades do interior, para o efetivo cumprimento das obrigações contratuais.

Do mesmo modo se assegura que o titular possa fazer o plano com acréscimo de seus dependentes e que haja sempre uma cláusula assecuratória da rescisão sem a prestação do serviço funerário em questão. Isso pretende acabar com uma *práxis* do setor de querer estabelecer contratos perpétuos¹¹, conferindo indevido caráter absoluto ao *pacta sunt servanda*.

Tudo isso, no entanto, deve ser devidamente apontado, de modo expresso, no contrato em questão, que deve obedecer às linhas gerais do direito consumerista, com linguagem clara e de fácil entendimento, sob pena de se gerar nulidade absoluta por descumprimento ao direito de informação adequada com burla dos escopos básicos previstos pela legislação protetiva dos consumidores (artigos 6º, 51, 54 e consectários úteis da Lei nº 8.078/90 a ser aplicada de modo sistemático com a lei em questão, quando de sua eventual promulgação).

O Projeto, ademais, evita maiores especulações a respeito do caráter consumerista destes contratos, eis que, de modo expresso, estabelece no advento de sua norma contida no artigo 9º que tais contratos serão considerados relações de consumo para efeitos legais, estabelecendo que tais planos serão fiscalizados pelo Procon (artigo 7º) – como não poderão oferecer serviços de assistência à saúde, isso excluiria a fiscalização pela ANS, ao menos nos contratos que vierem a ser celebrados quando da vigência da lei que vier a ser aprovada.

Quanto a isso anda bem o Projeto, eis que reitera entendimento pacífico da jurisprudência pátria que tem entendido esses contratos como efetivas relações de consumo, com as respectivas proteções próprias de tais

espécies contratuais. Nesse sentido, de se pedir vênias para destacar:

CONTRATO DE PLANO DE SERVIÇOS FUNERÁRIOS

– **RELAÇÃO DE CONSUMO.** Prestação dos serviços negada quando do falecimento do beneficiário. Ilegitimidade da conduta. Necessidade de contratação de outra empresa. Danos materiais comprovados. Dever de indenizar caracterizado. Art. 14, CDC. Dano moral *in re ipsa*. Constrangimento e abalo psíquico. Hipótese em que a r. sentença apreciou corretamente os elementos fáticos e jurídicos existentes nos autos, além de estar satisfatoriamente fundamentada. Aplicação do art. 252 do RITJ. Sentença integralmente mantida. Recurso não provido. (TJSP Apelação nº 0015974-94.2010.8.26.0077 Rel. Des. Rubens Cury 18ª Câmara de Direito Privado Julgado em 18.4.2012).¹²

Ainda com o mesmo entendimento, de se continuar a pedir vênias para destacar, do mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Recusa da prestação de serviços funerários – Fato hábil a desencadear real dor interna/Morte de ente querido que tem força legal para conferir estofo à lesão a direito personalíssimo do credor dos senados funerários – Quantum indenizatório arbitrado de forma adequada e proporcional – Recurso improvido. (TJSP – Apelação nº 0065240-92.2007.8.26.0000 Rel. Des. Rômulo Russo 24ª Câmara de Direito Privado Julgado em 19.5.2011).

De todo modo, sempre se tem como conveniente que a lei explicita tais questões de modo a pelo menos obstar que os prestadores possam tentar se eximir alegando que suas contratações seriam disciplinadas pelo Código Civil ou pretendendo resgatar prelados de um tempo contratual iluminista e absoluto (calcado nos moldes da máxima *laissez faire, laissez passer*), de todo incompatível com o Estado Democrático de Direito, com toda a proteção constitucional que se pretendeu revestir as relações de consumo.

Isso por se cuidar de contratos que lidam com objetos que se revelam em horas de fragilidade emocional dos contraentes e seus beneficiários – enlutados, não podendo ser surpreendidos com artimanhas legais camufladas no texto contratual, sob pena de serem exemplarmente punidas (o artigo 8º do Projeto prevê uma série de penas administrativas que podem ser aplicadas aos planos de assistência funerária) no âmbito da responsabilidade civil.

Impondo responsabilidade civil nessas horas por prestação não ocorrida ou deficiente, também de se destacar precedentes na jurisprudência pátria, tais como:

RECURSO APELAÇÃO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS FUNERÁRIOS – REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Prestação de

serviços indevidamente negada no momento do falecimento de parentes da beneficiária. Necessidade de contratação de outra empresa. 1. Danos materiais comprovados. Restituição simples, eis que não configurado dolo das contratadas apto a ensejar o ressarcimento em dobro. Regularidade. 2. Dano moral. Configuração. Indenização devida. Valor do “quantum” mantido, eis que obedecidos aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. 3. Honorários advocatícios. Fixação de acordo com o artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. Admissibilidade. Procedência. Sentença mantida. Recurso não provido. TJSP Apelação com revisão nº 0003515-17.2008.8.26.0114. Comarca de Campinas. Relator Marcondes D’Angelo.

No mesmo sentido, também precedente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais a evidenciar que não se cuida de entendimento isolado, se continua a pedir licença para destacar:

RESPONSABILIDADE CIVIL – INADIMPLENTO CONTRATUAL – RESOLUÇÃO DO CONTRATO – DANOS MORAIS – NÃO PRESTAÇÃO DE “SERVIÇOS FUNERÁRIOS” – INDENIZAÇÃO – FIXAÇÃO

O simples inadimplemento de uma das partes contratantes dá à outra o direito de resolver o contrato ou de exigir o cumprimento da obrigação, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos (art. 475 do Código Civil de 2002). O fato de o contratante inadimplente ter reparado os danos materiais causados ao outro não retira deste o direito de resolver o contrato; e a simples oferta de compensação extra pelo prejuízo não é causa excludente de responsabilidade civil pelos danos morais causados. Presume-se o sofrimento de danos morais pelo consumidor que, durante anos, paga a sua mensalidade de **plano funerário** e, no momento de valer-se dos serviços contratados, em razão da morte de ente querido, vê injustamente negado pelo fornecedor a sua contraprestação, fazendo com que ele, consumidor, contraia empréstimo com familiar para conseguir sepultar a filha. Na fixação da indenização por danos morais, dois critérios objetivos devem nortear o julgador, que deve buscar o duplo objetivo de compensar a vítima e punir o ofensor, sem descuidar que a indenização não pode ser fonte de enriquecimento para a primeira, nem inexpressiva a ponto de não reprimir a conduta do segundo, desestimulando-o da prática de futuros atos semelhantes”. TJMG AC 5013112-17.2000.8.13.000 (1). Relator Walter Pinto da Rocha.¹³

No entanto o Projeto em questão falha ao não disciplinar de modo claro os parâmetros pelos quais o consumidor poderá rescindir tais contratos, deixando em aberto situações que poderiam ser facilmente resolvidas pelo texto legislativo. Por exemplo, seria de se indagar se

consumidores terão direito a algum reembolso de quantias pagas (o CDC permite que isso ocorra em consórcios, em situação análoga, com captação de poupança popular), ou se a prestadora poderá reter alguma parte desses valores a algum título, o que se espera seja resolvido pelos legisladores pátrios, evitando-se com isso um sem número de ações idênticas com o mesmo fundamento. 

Notas

¹ Fustel de Colanges. A Cidade Antiga, como mencionado nas referências ao final deste texto.

² À guisa de exemplificação, assim vaticina Maria Berenice Dias em obra mencionada nas referências deste texto, p. 367.

³ Como preconizado por Jorge Shiguemitsu Fujita, p. 1.386 da obra destacada em referência neste texto.

⁴ De se presumir que quem as autorizou queria prestar última homenagem ao falecido, o fazendo às suas expensas. Nesse sentido: Mauro Antonini., obra indicada em referência, p. 1.927.

⁵ Nesse sentido o quanto apontado por Zeno Veloso, p. 1.991, em comentário ao respectivo consectário normativo.

⁶ Tatiana Antunes Valente Rodrigues, em obra indicada em referência bibliográfica deste texto, p. 250.

⁷ Cláudia Lima Marques, em obra indicada em referência bibliográfica deste texto, p. 523/524.

⁸ Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 524.

⁹ Cláudia Lima Marques, op. cit., p. 524.

¹⁰ Isso realmente protege os consumidores contra surpresas geradas por atos de gestão fraudulenta, em que os valores do fundo captado estejam comprometidos ao pagamento de preferências fiscais de expropriação, frustrando-se expectativas legítimas de cumprimento contratual.

¹¹ Em minha experiência profissional como magistrado já me deparei com situações de empresas de grande porte no setor funerário pretendendo que somente se poderia desistir do contrato após o pagamento de oitenta prestações. No caso concreto cuidava-se de pessoa idosa o que contribuía para que se entendesse tal obrigação como impossível gerando vantagem exagerada para a prestadora em situação de lesão a tornar inválida a disposição. E mesmo em se cuidando de pessoas que não sejam tecnicamente idosas o mesmo poderia ser dito mutatis mutandi, eis que, em se tratando de relação consumerista, disposições deste jaez parecem não se harmonizar com o arcabouço protetivo dessas relações.

¹² Todos os julgados do TJSP, destacados neste texto, foram extraídos do sítio oficial da biblioteca do referido Areópago.

¹³ Acórdão retirado do sítio do referido TJMG.

Referências bibliográficas

ANTONINI, Mauro. *Código Civil Comentado Doutrina e Jurisprudência*. Barueri: Manole. 2007.

COLANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Ediouro, 1988.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Comentários ao Código Civil – artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

VELOSO, Zeno. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

I Prêmio Dom Quixote de Jornalismo

Da Redação

A Revista *Justiça & Cidadania*, juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, promoveu no dia 12 de dezembro de 2012, na sede do Tribunal, a primeira edição do Prêmio Dom Quixote de Jornalismo, dedicado aos jornalistas que se destacaram na defesa dos direitos humanos e da justiça em nosso país.

Na oportunidade, o editor da Revista *Justiça & Cidadania*, Orpheu Santos Salles, disse da sua emoção e surpresa com o evento: “Na vida, a gente tem muitas surpresas e hoje eu tive a minha. Como é natural, imaginamos a figura do juiz como austera e circunspecta e nos deparamos com essa pessoa doce, terna, espiritual e ligada à cultura que é o presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Manoel Alberto Rebelo dos Santos, um ser humano que a gente aprende a gostar mais quando o conhece melhor. Quero também, em Ancelmo Góis, enaltecer o trabalho de todos os jornalistas pelo Brasil afora, especialmente aqueles que fazem da sua atividade uma trincheira contra a injustiça e pregam a defesa dos direitos humanos. Obrigado pela presença de todos aqui nessa festa”.

O presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também falou sobre seu contentamento em poder compartilhar do evento: “Assim como o Sr. Orpheu me lisonjeou com suas palavras, também quero aproveitar essa festa de conagração de fim de ano e lançamento do I Prêmio Dom Quixote de Jornalismo para agradecer o trabalho dos jornalistas que, durante todo esse ano de 2012, conviveram com a gente aqui neste Tribunal. Um país só é grande com uma imprensa atuante e livre e aproveito para dizer que toda a censura à liberdade de imprensa é uma afronta ao estado democrático de direito. Como todos nós sabemos, a imprensa ainda é uma das poucas instituições respeitadas no Brasil e nos alegamos com isso, porque o dia em que a imprensa se corromper estará tudo perdido.

Precisamos dela íntegra para denunciar as mazelas de nossa sociedade, inclusive as nossas. Obrigado!”

O jornalista Ancelmo Góis, colunista do jornal *O Globo*, agradeceu a lembrança do seu nome: “Sinto-me honrado em receber essa medalha do Tribunal de Justiça, afinal, sempre é bom termos nosso nome ligado à justiça, mas dessa forma boa, não é mesmo? Adriana Cruz, do jornal *O Dia* disse que o prêmio veio na hora certa: “Acho que o Rio estava precisando de um evento como esse e espero que se torne uma referência do jornalismo carioca”. O mesmo pensamento do jornalista Bruno Thys, da *Rádio Globo*: “Uma festa linda, nem eu esperava tanto para a primeira edição desse prêmio. Tenho certeza que a segunda edição já estará bem ampliada e servirá de estímulo aos companheiros para realizarem bom trabalho nessa área e estarem aqui no próximo ano”.

No final do evento foi servido um almoço ao som da autêntica música nordestina, interpretada por um conjunto típico da região. Coube ao presidente Manoel Alberto explicar o motivo: “A presença aqui entre nós desse grupo nordestino com sua zabumba, sanfona e triângulo insere-se também, nesta tarde de homenagens, à nossa reverência ao mestre Luiz Gonzaga que estaria completando amanhã, dia 13 de dezembro, 100 anos de nascimento. Ele, juntamente com o geniais e imortais Noel Rosa, Ari Barroso e tantos outros fazem parte de nossa maravilhosa cultura e são relíquias do povo brasileiro, por isso, não podem nunca ser esquecidos”.

Os agraciados com o Prêmio Dom Quixote de Jornalismo foram: Bruno Thys (*Rádio Globo*), Rodolfo Schneider (*Rádio Bandeirantes*), Rodolfo Fernandes (*O Globo – in memoriam*), Adriana Cruz (*O Dia*), Maurício Dinepi (*Jornal do Commercio*), Fernando Molica (*O Dia*), Mauricio Lima (*Revista Veja*), Maia Menezes (*O Globo*) e Breno Silveira (cineasta).





Juiz auxiliar da Presidência, Dr. Fábio Porto, entrega prêmio a Mauricio Dinepi, Diretor Presidente do *Jornal do Commercio*



Desembargadora Norma Suely Fonseca Quintes, entrega medalha do TJERJ para o jornalista Ancelmo Gois do jornal *O Globo*



Dr. Fábio Porto, juiz auxiliar da Presidência, entrega prêmio à jornalista Maia Menezes, do jornal *O Globo*



Dr. Fábio Porto, juiz auxiliar da Presidência, entrega prêmio ao jornalista Bruno Thys, diretor da *Rádio Globo*



Mariana Bazílio, assessora de imprensa do TJRJ, entrega prêmio ao jornalista Maurício Lima, da revista *Veja Rio*



Juiz Auxiliar da Presidência Carlos Augusto Borges entrega prêmio a jornalista Adriana Cruz, do jornal *O Dia*



Juiz Auxiliar da Presidência, Sandro Pitthan Espindola, entrega prêmio ao Jornalista Fernando Molica, do jornal *O Dia*



Desembargadora Leila Mariano, Presidente do TJRJ, entrega prêmio ao cineasta Breno Silveira



Desembargador José Roberto Portugal Compasso entrega prêmio ao jornalista Rodolfo Schneider da *Rádio Bandeirantes*



Desembargador Manoel Alberto Rebêlo dos Santos do TJERJ, entrega prêmio ao Jornalista Paulo Motta, do jornal *O Globo*, representando seu pai, Rodolfo Fernandes



Tiago Salles, ao lado do desembargador Antônio de Azevedo Pinto

Mérito à Justiça & Cidadania

Da Redação

O Editor-Executivo da Revista *Justiça & Cidadania*, Tiago Salles, foi homenageado no dia 8 de dezembro de 2012, durante a comemoração do Dia da Justiça, com o Colar do Mérito Judiciário oferecido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A homenagem deveu-se aos relevantes serviços prestados pelo jornalista por mais de 10 anos à cultura jurídica e ao Judiciário fluminense.

A solenidade foi realizada no Plenário do Tribunal e, além de Tiago Salles, foram homenageadas outras personalidades, entre elas a ministra Rosa Maria Weber, do STF; o ministro Francisco Falcão, presidente do CNJ; o ministro João Otávio de Noronha, corregedor-geral da Justiça Federal; o ministro Teori Zavascki, do STJ; Dom

Orani Tempesta, Arcebispo da Arquidiocese de São Sebastião do Rio de Janeiro; o desembargador Nelson Calandra, presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros; além dos jornalistas Ancelmo Góis (do jornal *O Globo*) e José Carlos Tedesco (Assessoria de Imprensa do TJRJ).

Na oportunidade, o Editor-Executivo da *Revista Justiça & Cidadania* afirmou que se sentia honrado com a lembrança do seu nome para tão insigne distinção: “Premiações como essa nos servem de estímulo para continuar colaborando com nossa pequena parcela em prol do crescimento da cultura jurídica no Estado. Até porque, um veículo de mídia sempre contribui na divulgação das atividades do Judiciário, sendo, dessa maneira, partícipe do seu engrandecimento”. 

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

Matã Velha
FABRIL DE QUALIDADE



GENEAL
Genética e Biotecnologia Animal

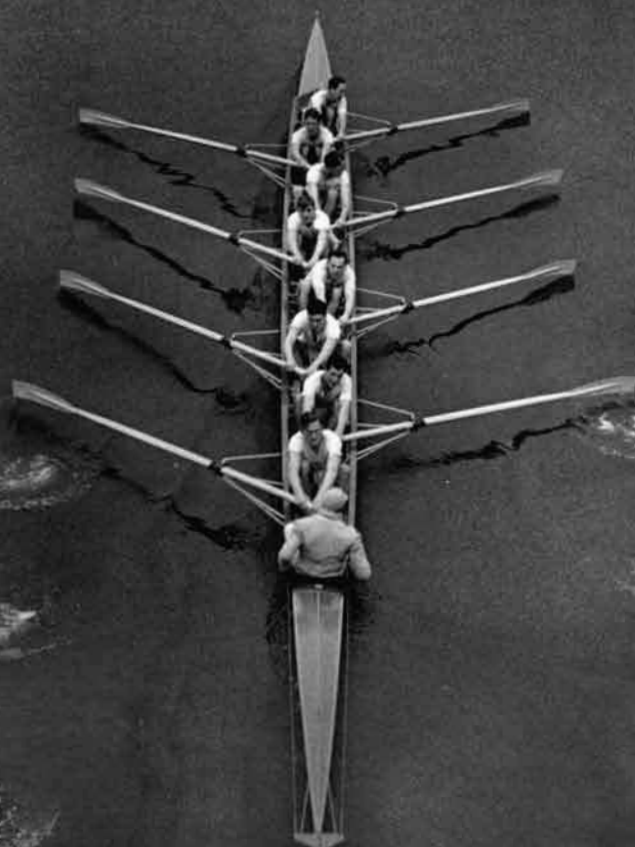
LOUNGERIE

Brasif Social

EMPRESAS
BRASIF
45
ANOS

FTR

FONTES · TARSO RIBEIRO
ADVOGADOS



RIO DE JANEIRO

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

SÃO PAULO

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

WWW.FTR.COM.BR