JUSTIÇA & CIDADANIA

MINISTRA ELIANA CALMON
CORREGEDORA NACIONAL DE JUSTIÇA

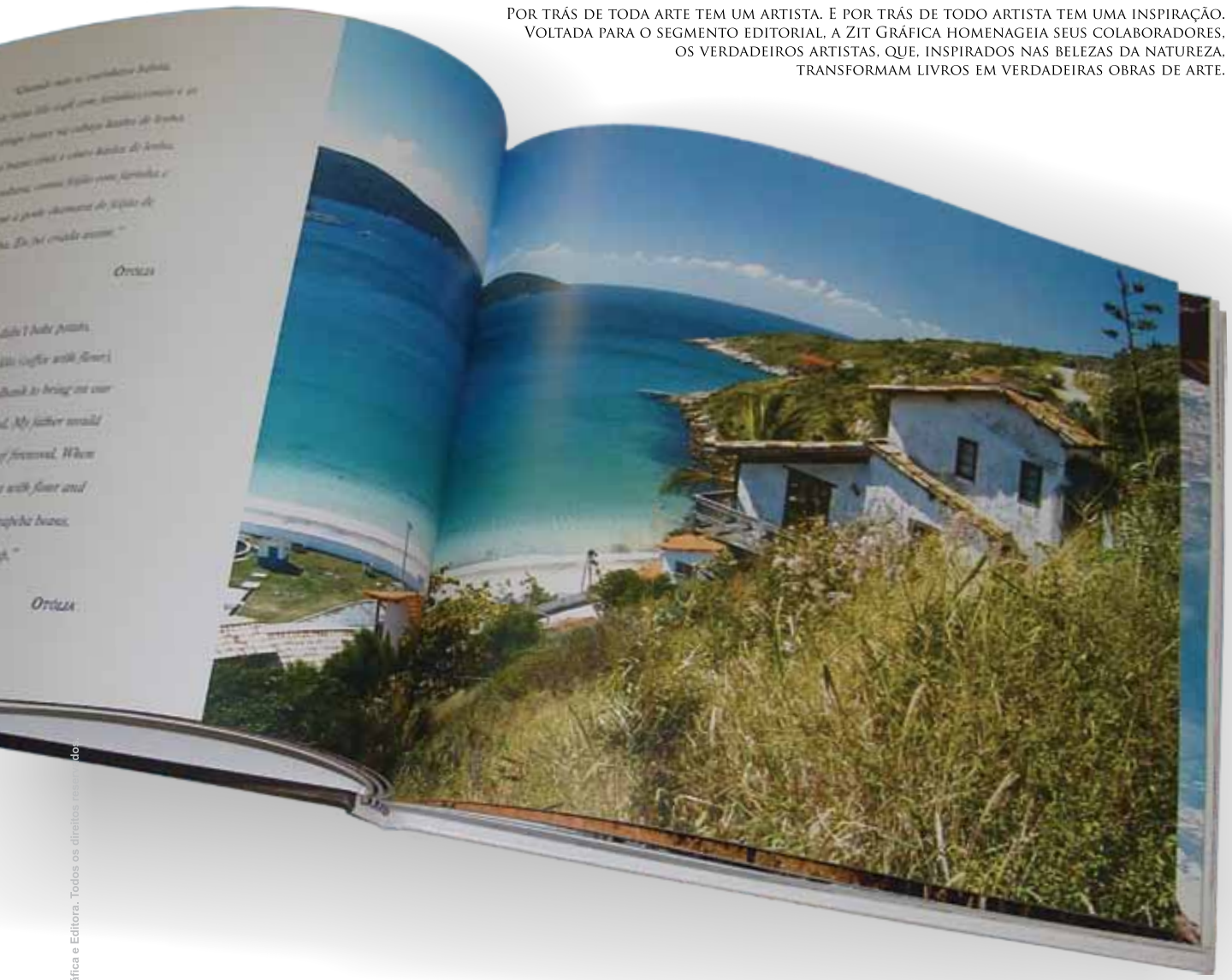
"A SOCIEDADE CLAMA POR UMA JUSTIÇA RÁPIDA E EFICIENTE"

Editorial: EXCESSOS NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Zit Gráfica e Editora
40 anos

ARTE IMPRESSA QUE SE EXPRESSA... ATRAVÉS DE SEUS COLABORADORES.

Por trás de toda arte tem um artista. E por trás de todo artista tem uma inspiração. Voltada para o segmento editorial, a Zit Gráfica homenageia seus colaboradores, os verdadeiros artistas, que, inspirados nas belezas da natureza, transformam livros em verdadeiras obras de arte.



criaçãoefoto.patriciamelo © 2009 Zit Gráfica e Editora. Todos os direitos reservados

A Zit agora é parceira do cartão BNDES

Pague em até 48 vezes. Em junho/10 taxa de 1,01% a.m.

CRESCIMENTO SUSTENTÁVEL
NOSSA RESPONSABILIDADE VAI ALÉM DE UMA BOA IMPRESSÃO

Campanha de valorização do papel e da comunicação impressa, a Zit apóia.
WWW.IMPRIMIREDARVIDA.ORG.BR

Tel. (21) 2136.6969 . www.zit.com.br . comercial@zit.com.br

Sumário

Foto: STJ

7 "A sociedade clama por uma Justiça rápida e eficiente"

Foto: Leandro Lima/TJEPE

14 "O Judiciário é uno"

Foto: Saulo Cruz/ASCOM/TRF1

O contingenciamento com vista ao princípio da eficiência da administração pública 16

Foto: Arquivo JC

20 Breves considerações sobre o contrato de comissão

Foto: Arquivo JC

Estatuto do Idoso 26

EDITORIAL 5

CIDADANIA NA SENZALA 12

EMENDA DO DIVÓRCIO, CEDO PARA COMEMORAR 24

O PODER JUDICIÁRIO COMO ATOR DA REGULAÇÃO 32

DOM QUIXOTE: 38
Iniciativa do Poder Judiciário gaúcho estimula a doação de órgãos

EM FOCO: 40
Judiciário brasileiro unido pela transparência das eleições 2010

ENSAIO SOBRE A ÉTICA, O PODER E A EMPRESA 42

APOLOGIA AOS EMBARGOS INFRINGENTES 48

JUSTIÇA & CIDADANIA

EDIÇÃO 121 • AGOSTO DE 2010

Foto: Luiz Antonio SCO/STJ

ORPHEU SANTOS SALLES
EDITOR

TIAGO SANTOS SALLES
DIRETOR RESPONSÁVEL

ERIKA BRANCO
DIRETORA DE REDAÇÃO

DAVID SANTOS SALLES
EDITOR ASSISTENTE

DIOGO TOMAZ
DIAGRAMADOR

BIANCA NASCIMENTO
JORNALISTA COLABORADORA

LUCIANA PERES
REVISORA

EDITORA JUSTIÇA & CIDADANIA
AV. NILO PEÇANHA, 50/GR.501, ED. DE PAOLI
RIO DE JANEIRO – RJ CEP: 20020-906
TEL./FAX (21) 2240-0429

SUCURSAIS

SÃO PAULO
RAPHAEL SANTOS SALLES
AV. PAULISTA, 1765 / 13°ANDAR
SÃO PAULO – SP CEP: 01311-200
TEL. (11) 3266-6611

PORTO ALEGRE
DARCI NORTE REBELO
RUA RIACHUELO, 1038 / SL.1102
ED. PLAZA FREITAS DE CASTRO
CENTRO – PORTO ALEGRE – RS
CEP: 90010-272
TEL. (51) 3211-5344

BRASÍLIA
ARNALDO GOMES
SCN, Q.1 – BL. E / SL. 715
EDIFÍCIO CENTRAL PARK
BRASÍLIA – DF CEP: 70711-903
TEL. (61) 3327-1228/29

CORRESPONDENTE
ARMANDO CARDOSO
TEL. (61) 9674-7569

EDITORAJC@EDITORAJC.COM.BR
WWW.REVISTAJC.COM.BR

CTP, IMPRESSÃO E ACABAMENTO
ZIT GRÁFICA E EDITORA LTDA

ISSN 1807-779X

CONSELHO EDITORIAL

BERNARDO CABRAL
Presidente

ADILSON VIEIRA MACABU
ALVARO MAIRINK DA COSTA
ANDRÉ FONTES
ANTONIO CARLOS MARTINS SOARES
ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE
ARNALDO ESTEVES LIMA
ARNALDO LOPES SÜSSEKIND
AURÉLIO WANDER BASTOS
BENEDITO GONÇALVES
CARLOS ANTÔNIO NAVEGA
CARLOS AYRES BRITTO
CARLOS MÁRIO VELLOSO
CESAR ASFOR ROCHA
DALMO DE ABREU DALLARI
DARCI NORTE REBELO
EDSON CARVALHO VIDIGAL
ELLIS HERMYDIO FIGUEIRA
ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI
EROS ROBERTO GRAU
FÁBIO DE SALLES MEIRELLES
FERNANDO NEVES
FRANCISCO PEÇANHA MARTINS
FREDERICO JOSÉ GUEIROS
GILMAR FERREIRA MENDES
HUMBERTO GOMES DE BARROS
IVES GANDRA MARTINS
JERSON KELMAN
JOAQUIM ALVES BRITO
JOSÉ AUGUSTO DELGADO
JOSÉ CARLOS MURTA RIBEIRO
LUIS FELIPE SALOMÃO
LUIZ FUX
MANOEL CARPENA AMORIM
MARCO AURÉLIO MELLO
MASSAMI UYEDA
MAURICIO DINEPI
MAXIMINO GONÇALVES FONTES
NEY PRADO
ORPHEU SANTOS SALLES
PAULO FREITAS BARATA
SERGIO CAVALIERI FILHO
SIRO DARLAN
SYLVIO CAPANEMA DE SOUZA
THIAGO RIBAS FILHO

EXCESSOS NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
PARA O BEM OU PARA O MAL?

O editor reafirma o estabelecido, desde a primeira publicação, em 1999, que o princípio fundamental da Revista é prestigiar e defender intransigentemente o Poder Judiciário e a Magistratura.

Entretanto, ao se anunciar a criação do novo órgão do Poder Judiciário, o Conselho Nacional da Justiça, a celeuma levantada sobre a pretendida intervenção que seria exercida por esse novo órgão motivou que, acompanhando a opinião veiculada na imprensa por abalizados juristas e eminentes membros da Magistratura, também nos posicionamos contra, por entender que essa nova instituição poderia extrapolar da competência e se transformar perigosamente em um ente de poder e ação fiscalizadora, com propósitos de tolher a autonomia administrativa dos Tribunais e a independência dos juízes, contrapondo-se aos postulados da Constituição Federal.

Diante desse prisma, vários foram os editoriais e artigos publicados, todos alertando sobre a indigitada proposição, acompanhando a tônica e opinião de ministros dos tribunais superiores, desembargadores e, inclusive, de membros categorizados do Ministério Público, que fizeram reservas quanto às composições dos novos entes públicos.

Na abertura do Ano Jurídico de 2004, em sessão solene no Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Maurício Corrêa, presente o Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, o Presidente da Câmara dos Deputados, João Paulo Cunha, e o Presidente da República, Luiz Inácio da Silva, que manifestou o apoio do governo em defesa da criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, deixando evidentes as divergências diante do constante no projeto que concedia poderes de fiscalização, a serem exercidos pelo novo órgão em tramitação no Senado Federal e já aprovado pela Câmara dos Deputados.

Foto: Sandra Fado

Encerrando a sessão, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal fez contundente pronunciamento, deixando claro o posicionamento do Poder Judiciário com suas incisivas declarações: "Depois de uma madura reflexão sobre o tema, chego à conclusão de que a criação de um órgão desse gênero não vai responder à expectativa da sociedade brasileira, que deseja mais presteza e eficiência do Poder Judiciário. A sua adoção transformaria o Judiciário no único Poder da República que passaria a ter um órgão específico de fiscalização externa de suas atividades administrativas e financeiras."

Posteriormente, também durante a tramitação do projeto no Senado Federal, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, em entrevista concedida e publicada na Revista Justiça & Cidadania, edição de fevereiro de 2004, fez o seguinte pronunciamento: "Quem controla tem poder sobre quem é controlado, e tanto o Judiciário quanto o Executivo e o Legislativo são poderes, e, por isso, não podem ser controlados. O Ministério Público é uma sociedade também independente, portanto não cabe controle." A uma pergunta do repórter, sobre a perda de cargo de membro do MP, face as atribuições cometidas ao Conselho Nacional, respondeu: "Ao meu juízo, o Conselho Nacional acompanha, cobra e veicula para a imprensa, porém a decisão de perda de cargo, num Estado Democrático, só poderá ser validada pelo Poder Judiciário."

Também na mesma ocasião da tramitação do projeto que criou o Conselho Nacional de Justiça, alicerçando a divergência, o então Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Desembargador Nilson Naves, na abertura da Reunião Preparatória da VIII Cúpula Ibero-Americana de Presidentes de Cortes Supremas e Supremos Tribunais de Justiça, fez a respeito o contundente pronunciamento: "Grassa pelo Brasil discussão a respeito do controle do Judiciário, que tem tudo a ver com sua independência e com sua soberania. Como bem sabemos, é a independência da Magistratura que constitui a alma e o nervo da liberdade. O Judiciário não pode ser colocado em posição de subordinação a qualquer dos outros poderes. O controle em si não é um mal; antes, é um bem. O mal é o chamado controle externo, pois bate de frente com o próprio texto constitucional. É ASSIM QUE PENSA O SUPERIOR TRIBUNAL, tanto que sua proposta que se encontra nas mãos parlamentares, limita a composição do Conselho Nacional de Justiça a sete membros para sua mais expedita funcionalidade, sendo um ministro do Supremo Tribunal Federal (presidente), um do Superior Tribunal de Justiça (corregedor), um do Tribunal Superior do Trabalho e um do Superior Tribunal Militar, além de dois desembargadores de Tribunal de Justiça e um juiz de Tribunal Regional Federal. O Judiciário não pode ser subordinado a qualquer dos outros Poderes."

Os assuntos que se seguiram provocaram acaloradas discussões, prevalecendo a opinião do governo, que a nosso ver deturpou a proposta inicial da composição do Conselho, com a elevação para 15 membros, incluindo elementos estranhos à Magistratura, cujas atuações e participações perante as cúpulas dos Tribunais de Justiça em vários Estados criaram situações de constrangimento, acirrando a subjacente divergência.

Diante de certos fatos ocorridos, como alguns relatados recentemente ao editor, tornou-se latente a discrepância entre as normas adotadas como medidas de apuração e fiscalização e os termos como dispostos na Emenda nº 45/2004, o que demonstra a iminência da instauração de uma crise no Conselho Nacional de Justiça. Assim, é de se perguntar: o que ocorre é para o bem ou para o mal?

Está claro para o jornalista, atento observador ao que passa no Judiciário, que a criação do CNJ, apesar das manifestações anteriormente feitas contra o controle externo do Judiciário, foram atenuadas e se modificaram diante de fatos desabonadores que ocorriam, e que só foram extirpados graças as ações pertinentes aplicadas em razão do novo diploma legal que criou o CNJ, consequentemente, casos e fatos dessa natureza, mesmo com algum excesso, sopesaram para o BEM.

Entretanto, certos fatos e equívocos que ocorreram, descumprindo normas legais e disciplinadoras, inclusive de desrespeito à hierarquia, sopesaram para o MAL.

Isso, porém, não desmerece os trabalhos, as ações e normas que foram introduzidas com grandes resultados na excelente gestão do Desembargador Gilson Dipp, que termina com brilhantismo sua passagem na Chefia da Corregedoria Nacional de Justiça.

As ações, as experiências e os bons resultados colhidos pelo Desembargador Gilson Dipp por certo servirão de lastro e fundamento para a boa colheita e na ação de trabalho, que se inicia com confiança e esperanças para a Ministra Eliana Calmon, como Corregedora Nacional de Justiça.

Orpheu Santos Salles
Editor

Foto: Luiz Antonio/SCO/STJ

Eliana Calmon, Corregedora Nacional de Justiça

"A SOCIEDADE CLAMA POR UMA JUSTIÇA RÁPIDA E EFICIENTE"

Do Editor

Eliana Calmon não é apenas uma juíza que no Judiciário, e fora dele, se postou como conceituada jurista. Seus escorreitos votos e esclarecidos acórdãos, além de bem arrazoados e muito bem fundamentados, são extremamente judiciosos e sábios. É inteligente, culta, perspicaz, independente, corajosa e determinada. Tem formação humanista, é meiga, mas firme e radical nos princípios e opiniões que adota e defende com extremada intransigência.

Nossa Revista tem sido enriquecida, nos últimos oito anos, com seus excelentes artigos, de grande interesse jurídico, abordando temas oportunos e relevantes assuntos de Direito, expostos com esmero e de forma didática.

Mais uma vez, nesta edição, prestamos à estimada Ministra a nossa homenagem à sua aprimorada cultura, aliada à simpatia e extrema delicadeza que defere aos que a procuram em defesa de possíveis direitos e legítimas postulações, e inclusive, aos dedicados admiradores que têm a satisfação de serem seus amigos, colocando-a novamente na capa da publicação como pleito de respeito e admiração, concomitante com os cumprimentos pela ascensão ao exercício da importante função de Corregedora Nacional de Justiça.

A entrevista que a Ministra Eliana Calmon nos concedeu, e que publicamos a seguir, enriquece novamente as páginas da Revista pela serenidade de seus posicionamentos, os quais pretende pôr em prática para estabelecer as normas e paradigmas definidos na Emenda Constitucional nº 45/2004, que instituiu o Conselho Nacional de Justiça.

O CNJ atingirá então, com sua ascensão, o objetivo desse diploma legal.

Foto: Arquivo JC

A Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, a exemplo dos demais cargos daquele Órgão, é exercida por mandato de até dois anos, podendo haver recondução. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça indicar o Corregedor Nacional de Justiça. Essa forma de escolha e de exercício do cargo possibilita uma renovação periódica, muito salutar, pois cada Corregedor que entra agrega novos valores ao CNJ.

Já exerceram o cargo de Corregedor Nacional de Justiça os excelentíssimos Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Cesar Asfor Rocha e Gilson Dipp (em final de mandato).

Agora será a vez de uma Magistrada, a Ministra Eliana Calmon, ocupar esse importante cargo de Corregedor Nacional de Justiça, a primeira mulher a exercer tal cargo, o que não é novidade em sua trajetória profissional, pois foi também a primeira mulher nomeada para o cargo de Ministra no Superior Tribunal de Justiça.

A Ministra Eliana Calmon é uma honrada magistrada com mais de trinta anos de experiência e bem sucedida carreira. Teve a oportunidade de atuar por cerca de dez anos na Primeira Instância, como Juíza Federal, e outros dez anos na Segunda Instância, como Juíza do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, e já são onze anos como Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

A experiência profissional da Ministra Eliana Calmon é mais do que suficiente para lhe permitir a prestação de excelente serviço ao Poder Judiciário, em benefício do povo brasileiro.

É preciso que se diga ainda que a Ministra Eliana Calmon prestará um bom serviço como Corregedora Nacional de Justiça, não somente pelos mais de trinta e um anos de Magistratura, mas especialmente por sua postura ética profissional, sua capacidade intelectual, seu dinamismo e seu destemor em defender suas convicções.

A Magistratura brasileira, os procuradores, os advogados e os cidadãos, tenho certeza, desejam que a Ministra Eliana Calmon tenha muito sucesso nessa nova empreitada.

Saúde e vida longa à Ministra Eliana Calmon.

Ministro Massami Uyeda
Superior Tribunal de Justiça

Revista Justiça & Cidadania – V. Exa. foi a 1ª mulher a integrar o STJ e agora é a 1ª mulher a ocupar a Corregedoria do CNJ. A mulher está mais vocacionada para a judicatura?
Ministra Eliana Calmon – Não, entendo que não há diferença profissional entre homem e mulher. O que existe é o fato de a mulher se sentir desafiada quando assume função de visibilidade, diante de uma realidade: a sociedade brasileira ainda está em fase de absorção da igualdade e assim festeja o diferente, o raro, o incomum, atitude que faz da mulher ainda mais responsável.

JC – Qual o seu principal desafio à frente do CNJ?
EC – Ainda não estou bem ciente do que vou encontrar na Corregedoria, mas tenho, dentro da minha experiência de magistrada, três grandes objetivos: resolver a questão da morosidade da Justiça; atacar a corrupção dentro do Judiciário; e fortalecer a primeira instância, através das corregedorias, no que toca à gestão.

JC – O CNJ foi criado no auge de uma discussão política desencadeada pela declaração do Presidente Lula: "o Judiciário precisa abrir sua caixa-preta". O CNJ poderia ser compreendido, então, como uma tentativa da Magistratura de impedir o controle externo?
EC – O CNJ é o controle externo, na medida em que temos um colegiado heterogêneo que se imiscui na administração do aparelho estatal.

JC – A Magistratura hoje critica abertamente o que chama de "excessos" do CNJ. Dessa forma, pergunto-lhe: como será a sua postura à frente da Corregedoria do Órgão e se o CNJ está no caminho correto.
EC – O CNJ é um órgão com cinco anos de idade, um nada na cronologia estatal, o que leva a instituição a padecer de falta de personalidade. Só o tempo dará a medida das coisas. Assim sendo, as críticas são bem-vindas para as correções devidas.

A minha postura à frente da Corregedoria do CNJ será de magistrada, moderada e disciplinada, mas também atenta às necessidades de uma sociedade que clama por Justiça rápida e eficiente.

JC – O que o Conselho pode esperar com a sua presença na Corregedoria?
EC – Pode esperar uma magistrada que está chegando não por força de uma escolha regimental, eleita por aclamação.

Fiz questão de ser escolhida, queria muito ser a representante do STJ no CNJ, para provar a mim mesma que é possível fazer a mudança de mentalidade de um Judiciário que ainda não conseguiu se adequar à modernidade da Constituição de 1988, aos novos tempos e aos novos direitos.

O meu esforço será no sentido de direcionar a Magistratura para uma mudança institucional. O grande problema do Judiciário é a gestão. No momento em que solucionada estiver a administração da Justiça, informatizada e desburocratizada, por certo teremos eficiência na prestação jurisdicional. Esse é o meu sonho e o meu desafio.

JC – A aposentadoria sem perda de vencimentos, ou com vencimentos proporcionais ao tempo na função, por algumas pessoas é vista como uma forma de premiação. O que V. Exa. pensa sobre isso?

EC – Essa pergunta é de toda sociedade brasileira, inconformada com a forma de aposentação de magistrados considerados culpados em processo penal ou disciplinar.

A questão vem sendo tratada de forma emocional, e assim perdeu-se o foco da discussão.

Temos leis bem retrógradas, cujas sanções, dentre as quais está a aposentadoria, são para qualquer magistrado ou para qualquer outro servidor público. (ver Lei 8.112/60).

No passado a aposentadoria dos servidores públicos era considerada prêmio porque era bancada pelos cofres públicos por inteiro.

Atualmente todas as aposentadorias são estipendiadas em parte pelos cofres públicos, mas bancadas pela contraprestação paga pelo próprio servidor, se assim é não é possível cassar a aposentadoria de quem pagou a Previdência. Seria enriquecimento ilícito para a Previdência deixar o servidor condenado penalmente sem proventos.

Precisamos rever com urgência os tipos de sanções, porque realmente aposentar com proventos proporcionais ao tempo de serviço não pode mais ser uma pena. Os proventos, repito, são frutos de uma contraprestação.

JC – A ocorrência de audiências públicas para apuração de irregularidades cometidas por autoridades judiciárias é muito questionada por alguns magistrados. V. Exa. concorda com o anseio de grande parte dos membros da Magistratura de que essas apurações deveriam ser mantidas em sigilo?

EC – Audiência em sigilo não é pública. Ou temos audiência pública ou não temos, porque a Constituição proíbe audiências, ou sessões sigilosas, a não ser nos casos especificados em lei.

Foto: STJ

Ministra Eliana Calmon

Embora não tenha ciência exata do que passou nas audiências públicas, parece que se perdeu um pouco a medida das coisas.

Por isso mesmo estou muito consciente de que farei melhor certas práticas administrativas, na medida em que encontrarei caminhos já percorridos, cujos erros e acertos serão considerados para corrigir ou prosseguir respectivamente.

A Magistratura se sentiu invadida e desrespeitada.

Não deixarei de considerar os sentimentos de quem faz a Justiça. Afinal, estamos todos no propósito de acertar fazendo o melhor.

JC – Como V. Exa. vê as críticas dos magistrados e das associações da categoria sobre a competência do CNJ para criar e aprovar o Código de Ética da Magistratura?

EC – O CNJ é um órgão normativo e de correção de rumos.

É natural que um poder cuja estrutura funcional, durante dois séculos, se manteve inteiramente solta, sem freios,

Foto: STJ

Eliana Calmon não é uma simples juíza. É uma juíza singular. Corajosa, digna e operosa, ela "não leva desaforo para casa".

É um modelo para qualquer julgador deste país. Firme nas suas decisões, porque amplo seu reconhecido conhecimento jurídico, que ninguém se atreva a pedir-lhe algo que não encontre amparo legal. Arrepender-se-á pelo resto da vida.

Não é apenas porque foi a primeira mulher a integrar o STJ que nós, baianos, nos orgulhamos dela. É também porque, pelas suas especiais qualidades, Eliana se destaca como uma excelente profissional.

Dirão alguns que este meu depoimento pode estar comprometido pela suspeição, porque lhe dedico uma fraternal amizade e me considero seu maior admirador. Mas todos quantos a conhecem sabem, a bem saber, que não exagero.

Assim certamente resumiriam os baianos o que pensam sobre a Ministra: é uma senhora juíza, uma juíza "retada"!

Brasília (DF)

Ministro Paulo Furtado
Superior Tribunal de Justiça

censura ou prestação de contas, tenha a sensação de que perdeu poder, está sendo vigiado e, ainda mais, de ser invadido em sua sagrada área jurisdicional.

De qualquer forma, estou convencida, o CNJ sofreria críticas, muitas delas merecidas, é bem verdade, mas a maioria para o repúdio ao novo. Afinal, o Poder Judiciário foi o último dos poderes a se alinhar à Constituição de 1988, o que só está fazendo via CNJ. Enfim, entendo como de absoluta normalidade, pertinência e coerência sair do CNJ um Código de Ética da Magistratura.

A ética não pode ser vista apenas pela perspectiva dos magistrados, deve ser trabalhada por todos os segmentos do Judiciário, inclusive dos jurisdicionados. Daí a legitimidade do CNJ, pela sua composição heterogênea.

JC – Qual a importância das campanhas, como a campanha nacional pela paternidade responsável e a campanha da ressocialização de presos, promovidas pelo CNJ? Que outros grupos V. Exa. acha importante serem acompanhados pelo CNJ?

EC – As campanhas realizadas pelo CNJ, na minha visão, têm como objetivo apressar a realização de políticas públicas imprescindíveis para a sociedade, cuja falta ocasiona atropelo no funcionamento do Poder Judiciário. Por exemplo, o número imenso de ações de investigação de paternidade e de ações de alimentos é fruto da irresponsabilidade paterna. No momento em que a sociedade se tornar mais responsável, menos será o Judiciário solicitado.

Não tenho dúvida de que a sociedade brasileira está doente e mal habituada, buscando no Judiciário apenas a solução dos problemas.

A questão carcerária também mereceu o incentivo do CNJ sob a forma de campanha, diante da constatação de um submundo que formalmente estava à mercê do Judiciário, mas inteiramente sem controle.

Temos muitas outras necessidades sociais a serem alavancadas. E não se diga que há aqui desvirtuamento da finalidade. Afinal, cabe ao Judiciário, por exemplo, fiscalizar os abrigos de menores, os orfanatos públicos, as adoções, etc., atividades que hoje têm o controle apenas formal, no papel.

E o que dizer dos manicômios judiciários e dos réus sujeitos às medidas de segurança?

A questão de distribuição de medicamentos não está a desaguar no Judiciário? E por que não submeter tal política a uma campanha?

Enfim, vejo as campanhas como um instrumento necessário que está atrasado, tem e precisa urgentemente de boas parcerias.

JC – Qual sua opinião sobre a avocação, pelo CNJ, dos processos disciplinares nos Tribunais. Com essa postura não se estaria suprimindo uma instância?

EC – A realidade é mais rica do que qualquer indignação. No papel, é lindo pensarmos na independência funcional e disciplinar dos Tribunais, mas na prática é inteiramente impossível pedir

Foto: Arquivo JC

Em momento delicado de sua ainda curta existência, assume a Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ a ilustre Ministra Eliana Calmon, indicada que foi por aclamação de seus pares do Superior Tribunal de Justiça.

Pelas vastas, espinhosas e complexas atribuições que são conferidas ao Corregedor Nacional, sua assunção é cercada de expectativas, mas com ampla confiança e salutares esperanças, justificadas pela conduta de ética irrepreensível ao longo de exemplar exercício profissional. Por outro lado, pela primeira vez, teremos na direção do CNJ dois juízes de carreira.

Dotada de invulgar capacidade de trabalho, sedimentada em vasta experiência e com invejável formação intelectual, a Ministra Eliana Calmon exerce ainda inegável liderança.

Como afirmado pelo antigo Presidente deste Colégio, "a liderança, ínsita no ser e no agir, se confirma com a aceitação e o reconhecimento daqueles com os quais interage. Ninguém lidera através de ameaças ou retaliações. A verdadeira liderança viceja e se afirma na pluralidade das ideias e na convivência com os desiguais. Fundar-se-á, sempre, no respeito à dignidade das pessoas, não importa sua classe ou origem. Respeito integral, não de ocasião. Ética, necessariamente ética..."

A nova Corregedora Nacional é, reconhecidamente, ornada de tais atributos.

Por tais circunstâncias, com absoluta confiança, com o mais profundo respeito e admiração, os presidentes de todos os Tribunais de Justiça do Brasil, através de seu Colégio Permanente, saúdam a Ministra Eliana Calmon com os votos de profícua e equilibrada gestão para a grandeza do Poder Judiciário brasileiro.

Desembargador Marcus Faver
Presidente do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça

a um colegiado, fragilizado por práticas frouxas de controle, que aplique disciplina a seus pares, principalmente quando se trata de magistrados que estão na posição de mando como presidente, vice-presidente e corregedor.

Quero lembrar aqui uma frase que se atribuiu ao Ministro Aliomar Baleeiro: "Lobo não come lobo".

Nós, magistrados, temos uma carreira longa e hierarquizada, convivemos por anos a fio com os colegas que um dia passam a ser par nos colegiados. Pelo tempo conhecemos o colega, a família, os filhos, aprendemos a querer bem ou não, a termos simpatia ou não. De repente, descobrimos que precisa um dos pares sofrer reprimenda funcional. Imagine-se o constrangimento, a dificuldade, a reprovação por parte dos que não aceitam censurá-lo, sem falar, muitas vezes, do medo de sofrer reprovação pela categoria pela só ação de punir. Posso dizer, como magistrada de carreira há trinta e dois anos e com a experiência de já ter participado de dois processos disciplinares de colegas, que foram dois momentos terríveis na minha vida.

A dificuldade é tão grande que não se pode mais esconder uma realidade: a tendência é deixar para lá e nada fazer, acimentando a realidade com um eloquente silêncio para, assim, todos ficarem felizes e afinal dizermos como desculpa: "ESTAMOS COM O SILÊNCIO PRESERVANDO A INSTITUIÇÃO".

Foto: STF

A alternância republicana nos cargos públicos conduziu a Ministra Eliana Calmon ao de Corregedora Nacional de Justiça. A chegada de Sua Excelência é alvissareira. Soma-se a do Presidente Cezar Peluso. Ambos juízes de carreira, com longa trajetória judicante, dominam os múltiplos aspectos envolvidos nesta quadra considerados Juízes, Desembargadores e Ministros, alfim, o Judiciário como um grande todo, presente a autonomia administrativa e financeira dos Tribunais. Que os olhos de Sua Excelência estejam direcionados à judicatura de hoje e de amanhã, ficando afastados arroubos a implicar atropelo, inversão de valores. Saiba Sua Excelência da confiança maior que a Magistratura nacional deposita em sua pessoa. Estou certo de que se avizinha uma das mais profícuas administrações.

Ministro Marco Aurélio Mello
Supremo Tribunal Federal

De tanto calarmos, de tanto consentirmos pela omissão os desmandos, permitimos que o crime organizado entrasse no Judiciário e nos Tribunais.

Enfim, a realidade está diante dos nossos olhos e se mais uma vez a ignorarmos, será melhor desistir. O que quero dizer é que não se pode exigir que iguais punam iguais, lembrando que "lobo não come lobo".

Foto: CNJ

Nova Corregedora do Conselho Nacional de Justiça, com 32 anos de Magistratura, terá de enfrentar mais este desafio — os quais, apesar de muitos, sempre conseguiu vencer.

Passei a admirá-la muito antes de ser ela a primeira mulher a integrar o Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual, ao dar parecer, no Senado, como Relator da PEC 29, de 2000, que tratava da Reforma do Judiciário, citei-a na nota preliminar. E o fiz pela pertinência e agudeza da sua declaração, à época ainda Juíza do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, publicada na Revista da OAB, nº 67, 1998, pág. 11, e que ora reproduzo:

"O Judiciário enfrentou a Constituinte sem real proposta de reforma, com lobies eminentemente corporativos e até pueris, perdendo a grande oportunidade de realizar mudança estrutural.

O descompasso institucional colocou o Poder Judiciário, nestes últimos dez anos, em evidência, não havendo um só dia em que a mídia não leve aos brasileiros uma nova faceta do seu mau funcionamento.

Na atualidade, está a Magistratura no cadafalso da opinião pública, com a instituição "justiça" na boca de inescrupulosos aproveitadores, especialmente daqueles que, por ignorância, são atiçados pela mídia. Os juristas não têm soluções plausíveis. Os profissionais do Direito travam verdadeira guerra na preservação do mercado de trabalho, e os jurisdicionados, em perplexidade, amargam uma irracional espera na resposta do Estado-juiz."

Essa é a Eliana Calmon, que se declara "uma juíza enérgica e não perseguidora" e que tem como uma de suas características a sinceridade.

J. Bernardo Cabral
Chanceller da Confraria Dom Quixote

CIDADANIA NA SENZALA

Siro Darlan
Desembargador do TJERJ
Membro do Conselho Editorial

Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo
Magistrado aposentado e Professor

Foto: Arquivo JC

Desembargador Siro Darlan

Confesso minha perplexidade com o caso Bruno–Eliza–Bruninho. Impossível não imaginar as barbáries do ritual macabro, a selvageria dos algozes contra a fragilidade feminina, maior diante das aflições do filho ainda bebê. Nossa humanidade se rebela: queremos justiça pronta e severa. Por isso, diariamente, fazemos a catarse de execrar os indiciados, aplaudindo o cárcere antecipado. Nesse transe, esquecemos as garantias do devido processo legal, cujos rigores, amiúde, rejeitam as provas do noticiário, posto faltar-lhes, muita vez, um mínimo de racionalidade jurídica.

O processo penal é uma obra de arte. Como pintar um quadro, exige habilidade, técnica e prudência. Apesar do que se diz ou se pensa no afogadilho das emoções, a verdade é que somente o processo judicial, ao fervor do contraditório e da ampla defesa, poderá condenar os culpados.

Em relação à matéria criminal, antecipar condenações pode representar grave e pesaroso equívoco. Exemplos se multiplicam, como o de 1994, em São Paulo, envolvendo os dirigentes da Escola Base, acusados da prática de orgias com crianças do colégio. Daí a presunção de *inocência*, elevada a princípio constitucional, como meio de exigir o respeito ao devido processo legal. Isso significa, no estágio atual do Direito, que a sociedade deve esperar o advento da sentença condenatória. Paradoxalmente, no caso Eliza–Bruno, já muito antes da conclusão do inquérito policial, as circunstâncias da morte, autores e cúmplices, tudo parece definitivamente resolvido, sem margem para dúvidas ou fatos novos. Até mesmo o Flamengo, ignorando o valor patrimonial do atleta, decidiu descartá-lo *liminarmente*, pulverizando a carreira e o futuro do atleta.

Tenho dificuldades em considerar o acerto dos veredictos midiáticos, substituindo juízes e tribunais. Por vezes temo o clamor popular, enredado pelas evidências, mas à míngua do conforto de prova judiciária, detalhada e contraditada. Com efeito, do inquérito policial ao libelo do Ministério Público, até a decisão dos jurados, percorre-se um universo de tantas incertezas, algumas dessas que subsistem o tempo de viver, incorporando-se à história.

Como membros plenos de uma comunidade política, os cidadãos Bruno, Eliza e o filho são pessoas com direitos e deveres. O filho, por exemplo, independentemente das

iniciativas da mãe, tem o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível ao reconhecimento de sua filiação, podendo exercê-lo contra o suposto pai, Bruno, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça (cf., ECA, art. 27). Como cidadão sem pai, embora indiciado pela mãe, um conceito de reconhecimento político impunha dar-lhe pronta e adequada tutela jurídica, a exercer pelo Ministério Público, em ação de investigação de paternidade, nos termos da Lei 8.560/1992. Mais a dizer-se: Eliza com o filho, a teor do artigo 226, § 4º, da Constituição do Brasil, é uma entidade *familiar*, os dois a merecer especial proteção do Estado, inclusive aquelas propiciadas pela Lei Maria da Penha.

No plano dos direitos e da democracia, o que sucede é que nossa cidadania ainda transita entre a Casa Grande e a Senzala. Esse é o nosso flagelo social, nossa terrível epidemia. A pretensão de validade das leis e seu conteúdo normativo — *isso deve valer porque é do interesse geral* — só pode ser avaliada discursivamente. Na prática, valem mais na Casa Grande e muito pouco na Senzala.

Ao menos quanto ao Flamengo, urge corrigir-se a ligeireza das declarações e julgamentos. Vamos todos esperar pela justiça do processo penal, confiando na soberania dos juízes. O momento é de prudência e moderação. Por ora, Bruno é atleta profissional, sendo, nessa qualidade, um bem patrimonial do Clube, de sorte que, até o julgamento final, ninguém de bom senso deve defenestrá-lo. De igual modo, os direitos de Eliza e do filho órfão, e os da própria sociedade, hão de ser perseguidos nas instâncias próprias, pelo Ministério Público e seus eventuais advogados.

Sou convencido de que a Justiça pátria, no tempo oportuno, a todos contemplará com uma sentença certa e definitiva. As dimensões da cidadania exigem um padrão de responsabilidade solidária que torna possível a qualquer pessoa, independentemente de sua origem e condição social, levar uma vida em igualdade de direitos e "*isenta de vergonha*". O conceito de vergonha, aqui, refere-se à vedação de atos discriminatórios ou contrários à dignidade humana, em razão da pobreza, e desta um efeito iníquo, a exclusão jurídica.

Lamentavelmente, a cidadania da tríade Bruno–Eliza–Bruninho jaz na senzala. O exemplo vindo da escravidão ilustra o quanto a sociedade desrespeita seus direitos fundamentais. Realmente, os escravos não eram avaliados com base em valores comuns aos homens livres: o valor deles era meramente mecânico ou instrumental. Eliza, sem formação acadêmica, é "Maria-chuteira", "amante", "garota de programa". Nem mãe pode ser. O filho, nessas circunstâncias, deve seguir sem paternidade, como se a horda de parceiros da mãe pudesse anular a identidade do pai. Bruno é útil *se* e enquanto goleiro; na prisão, nada vale, deixa de ter direitos ou, em caso algum, direitos iguais de tratamento e liberdade. Esses três seres humanos, à vista de suas biografias, na melhor das sinas, são "cidadãos de segunda"; são "servos inválidos" que devem ser desconsiderados. Dito de outro modo, incisivamente: os três podem ser lançados fora porque são pessoas sem valor, logo socialmente mortas.

Foto: Arquivo Pessoal

Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo, magistrado aposentado

É isto provavelmente que explica a rapidez do Flamengo em se desligar de Bruno, negando-lhe o direito que tem ao devido processo legal. Também explica a indiferença do Ministério Público em promover a ação de investigação de paternidade do pequenino Bruno, malgrado o imperativo constitucional que lhe confere, em regime de absoluta prioridade, direito à convivência familiar, ele a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão. Tocante à Eliza, sabe-se que lutou: correu delegacias e juizados, reivindicou, protestou, mas tudo em vão. Nossa democracia e suas instituições têm enorme dificuldade de ver as pessoas mais pobres, preferindo sabê-las invisíveis no limbo das senzalas.

A melhor solução, porém, é avançar em busca da Justiça estatal, exigindo do Ministério Público e do Poder Judiciário que respeitem os direitos dos moradores da *Senzala*, máxime aqueles oriundos da legalidade constitucional, como se vivessem na Casa Grande, todos, enfim, membros de uma dada República Brasil, que aspira a construir uma sociedade livre, justa e solidária.

“O JUDICIÁRIO É UNO”

Discurso proferido pelo Desembargador JOSÉ FERNANDES DE LEMOS, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, na abertura do LXXXIV Encontro do Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça do País

Foto: Leandro Lima/TJEPE

“‘Belo Menino!
Diga, Irmão
De onde vieste?
Da amplidão
A que vieste?
Vim em missão
O que trouxeste?
O meu perdão
Queres ouro, prata ou latão?
Quero paz, justiça e pão.’

Com esses versos do teatrólogo Luiz Marinho, o Desembargador Benildes de Souza Ribeiro, então Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, deu início, em 8 de agosto de 1984, há 26 anos, ao I Encontro dos Presidentes dos Tribunais de Justiça de todos os Estados da Federação, onde nasceu a ideia de um Colégio Permanente de Presidentes.

O espírito vibrante e inovador de Sua Excelência — pernambucano que corporifica a devoção dessa Terra à pátria, à liberdade, enfim, à causa pública — idealizou um Encontro que reunisse os representantes máximos de todos os Tribunais de Justiça do País com o objetivo — nas suas palavras — ‘de labor e de estudos, na defesa de teses, no contato recíproco e na convivência mútua, extraindo ensinamentos, experiências vividas para se encontrar nesse universo de costumes e civilizações diferentes, do Oiapoque ao Chuí; e sugerimos, através de um documento que reflita a harmonia desse mundo de peculiaridades, se bem que não conflitantes, mas bem diferentes (...)’.

Passados 26 anos, impressiona e inquieta a atualidade dessa manifestação. Àquela altura, amedrontava o Judiciário a hipertrofia do Executivo, que vinha num movimento de menoscabo com a independência funcional, administrativa e financeira do Judiciário. Hoje, o que assombra é a tendência de esmagamento e absorção do autogoverno dos Tribunais. Agora, como ontem, é necessário formar no Judiciário a mentalidade da unidade nacional.

À época da sua instalação, o Conselho Nacional de Justiça, animado — é verdade — pelos mais altos ideais políticos e republicanos, desenhou perante a opinião pública brasileira o Judiciário como uma instituição carcomida, impura e necessitada de um movimento subversivo, capaz de inverter toda a sua prática histórica. Com todas as vênias, pôs em risco o prestígio da instituição, forjada lentamente desde a 1ª República, na cultura, inteligência, decência e dedicação da imensa maioria, quase que totalidade, dos nossos magistrados. Ignorou que o desprestígio dos Juízes desarruma os ícones da democracia. Pesquisas de opinião, as mais diversas, já diagnosticaram que o povo não acredita mais nos políticos e nos Poderes. Deixará

de acreditar na própria democracia se o déficit de credibilidade atingir os seus Juízes.

Estavam lançadas as bases para um confronto demolidor, fincado no ódio, no temor, na quebra de braço, na irracionalidade e sobremaneira na desconfiança de propósitos.

Felizmente, as expectativas em torno de um grande embate institucional não se confirmaram. A maturidade política da nação levou à fácil superação das divergências. Prevaleceu, ao fim, a racionalidade constitucional. Há sinalização clara na direção de que o Conselho Nacional de Justiça volta-se, sem descuidar da atuação correicional, para a formulação de políticas públicas ligadas, direta ou indiretamente, à atividade judicial. E melhor: há espaço para o diálogo.

Os resultados práticos dessa nova postura são ardentes. Todos nós temos a plena percepção de que é necessário expungir do corpo judiciário os maus magistrados, como forma de manter a integridade da própria instituição. É forte a ideia de que não basta o julgamento com justiça, imparcialidade e independência. A sociedade contemporânea, envolvida numa dinâmica alucinante, exige compulsivamente decisões rápidas, cada vez mais rápidas, posicionamentos uniformes, celeridade nas conclusões. Hoje há consenso quanto ao único caminho a ser percorrido em busca da eficiência dos serviços judiciários: planejamento estratégico de longo prazo. Tem-se certeza de que a crise da vez — sem superação da crise do acesso e da crise da efetividade — é a crise de gestão. Todas essas percepções são, hoje, uníssonas entre nós.

Nesse novo cenário de certezas e consciências, crescem em significado e relevância reuniões das cúpulas dos Tribunais para o exercício do diálogo, na busca da unidade do Judiciário. Consolida-se o sentimento de que o Judiciário é uno, antes assim compreendido apenas no meio acadêmico. Mais do que um sentimento, a unidade apresenta-se como uma necessidade.

O Judiciário, sem a força das armas, impedido de atuar sob o manto de habilidades políticas, submetido a uma ética estrita, somente sobrevive intacto no coração do seu povo pela via da legitimidade, que se assenta na eficiência de resolver os conflitos sociais. A unidade organizacional e funcional é o caminho a ser perseguido como instrumento hábil a dar resposta, de modo mais eficiente, às demandas que lhe são submetidas.

Os excessos de uns, os desvios de outros, a ineficiência de alguns, ferem a credibilidade e a confiança indistinta da instituição, considerada em seu todo. O povo não identifica a diferença entre as diversas instituições e órgãos. Não sabe, nem lhe é exigido saber, as diferenças técnicas entre eles. O imaginário popular atribui ao Judiciário, ou mais precisamente à Justiça, as injustiças e as mazelas que suporta. Em outros termos, estamos todos presos ao mesmo destino.

A universalidade de resultados impõe a coletivização das soluções. A transformação das chamadas 'ilhas judiciárias' no continente reclamado pela cidadania depende, inevitavelmente, de decisões compartilhadas. As diferenças culturais, as diversidades na estrutura socioeconômica — ainda vivenciadas pela Federação —, aliadas aos inafastáveis postulados constitucionais da independência funcional dos magistrados e do autogoverno dos Tribunais, impedem soluções de gabinete, não obstante centralizadas e advindas de mentes geniais e bem intencionadas. A concentração das decisões quanto aos destinos do Judiciário pode levar ao desmonte dos profundos alicerces em que está fincada a Justiça brasileira.

É certo que o povo tem pressa e a ansiedade impulsiona os gestores públicos, mas o Judiciário clama por um processo constante, firme e corajoso de melhoria, em que se vença etapa por etapa, em que se avance de maneira gradual. O campo é próprio para reforma na gestão, e não para revolução institucional.

Hoje, mais do que em qualquer tempo, o ambiente é propício para o diálogo entre os Tribunais, para a ajuda e a aprendizagem mútuas.

Voltando para o campo prático, do qual sou, por convicção e por propensão natural, um devotado contumaz, cito a iniciativa do processo judicial eletrônico, o denominado 'PJE', como o exemplo mais próximo e prático de soluções coletivas voltadas à uniformidade organizacional. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, sediado aqui na cidade do Recife, desenvolveu o protótipo do processo judicial virtual, que servirá de modelo para todo o País.

Destaco, de igual modo, a imensa contribuição dada pelo Tribunal de Justiça do vizinho Estado de Sergipe na solução de um grave problema enfrentado por nós aqui em Pernambuco: a absoluta falta de controle da arrecadação dos senhores delegatários dos serviços de notas e de registro. A partir do sistema de controle das serventias extrajudiciais do Estado de Sergipe, Pernambuco desenvolveu o sistema informatizado denominado Sistema de Controle da Arrecadação dos Serviços Extrajudiciais – Sicase, disponibilizado no ambiente do endereço eletrônico do Poder Judiciário estadual, estabelecendo nova forma para a cobrança e o recolhimento dos emolumentos, da Taxa de Fiscalização de Serviços Notariais e Registrais – TSNR e dos recursos destinados ao Fundo Especial do Registro Civil – FERC, em que se destacam as funcionalidades de (a) emissão de guia exclusivamente pela Web, (b) cálculo automático dos valores, e (c) pagamento obrigatório na rede bancária.

O Tribunal de Justiça desenvolve sistema de expedição e cumprimento de carta precatória via web, com a peculiar função de o próprio juízo deprecante agendar a audiência a ser realizada no juízo deprecado. Esse sistema é tão simples quanto eficiente — e possível. Mas depende, por natureza, da colaboração de todos os Tribunais do País. Quero com isso afirmar que a união, a troca de experiências bem sucedidas, a colaboração mútua, o sonho em comum têm a força de elevar os serviços prestados pelo Judiciário ao nível de excelência exigido, com muita razão e oportunidade, pela cidadania brasileira.

Finalizo na convicção de que o LXXXIV Encontro de Presidentes de Tribunais de Justiça do Brasil contará com o envolvimento de todos nós na busca de alternativas e soluções coletivas, frutos de um diálogo prévio, permanente e construtivo, com vistas ao fortalecimento do Judiciário, à manutenção dos postulados do autogoverno, à melhoria dos serviços prestados à população brasileira e, sobretudo, à tão sonhada unidade judiciária.

Muito obrigado!

O CONTINGENCIAMENTO COM VISTA AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

João Bosco
Desembargador Federal do TRF-1ª Região

O Tribunal de Contas da União, através do acórdão sob nº 1.188/2007-Plenário[1], inserto nos autos do processo 012.667/2006-4, entabulou preocupante diagnóstico acerca de obras inacabadas realizadas com recursos da União.

O referido acórdão conceitua o fenômeno do contingenciamento como sendo o procedimento utilizado pelo Poder Executivo que consiste no retardamento e, não raro, na inexecução de parte da programação de despesa da Lei Orçamentária Anual.

Nesse relatório consta, em síntese, que o que aflige quanto às obras iniciadas e interrompidas é que a sociedade é penalizada duplamente, ou seja, é privada do benefício que o empreendimento viria a gerar e, do mesmo modo, ocasiona prejuízos ao erário em virtude de dispêndio de recursos mal utilizados. Como exemplo de obras inacabadas o relatório/TCU cita o caso de obras do tempo do Império que ainda não foram concluídas, como, por exemplo, a Ferrovia Transnordestina.

No mesmo passo, o relatório do TCU chama a atenção para o fato de que "os prejuízos decorrentes da interrupção de uma obra compreendem, além dos valores já aplicados em sua execução, outros que são de difícil mensuração. Uma obra não concluída no tempo certo impede a realização dos benefícios que a sua utilização geraria à sociedade caso tivesse alcançado a funcionalidade, mensurados pela taxa social de retorno. Há ainda o custo associado ao desgaste das obras que permanecem por muito tempo sem execução, com suas estruturas sob a ação de intempéries. Em alguns casos, a obra não pode ser retomada sem intervenções para recuperar os estragos decorrentes do abandono, e tais medidas envolvem custos adicionais incorporados ao valor total da obra."

Um dos motivos preponderantes que contribuirem para a ocorrência das obras inacabadas, segundo o TCU, é o "Fluxo Orçamentário/Financeiro". O relatório avança para dizer que a maioria das razões que conduzem à existência de obras inacabadas dentro da Administração Federal pode ser evitada ou minimizada.

Assevera o TCU que, com a finalidade de obter superávites primários e atingir metas fiscais, o Poder Executivo utiliza, largamente, a figura do contingenciamento e ocasiona uma reprogramação orçamentária que tem como principal prejuízo a perda da transparência das ações governamentais, pois o que é planejado e tido como prioritário nem sempre tem condições de se concretizar.

Ressalva que apenas as despesas discricionárias são atingidas pelo contingenciamento. As despesas com pessoal, serviços da dívida, créditos extraordinários, dentre outras, são obrigatórias e não podem sofrer limitação de empenho e pagamento. As obras fazem parte das despesas discricionárias, estando sujeitas à contenção nos valores empenhados e nos créditos disponibilizados para pagamento.

O TCU chega a afirmar que as consequências do contingenciamento de recursos para obras são desastrosas.

Pois bem, nesse contexto, importante indagar sobre essa figura do contingenciamento, que tem afetado, como aponta o TCU, sensivelmente, o andamento de diversas obras públicas pelo país afora, ora retardando a execução, ora impedindo a sua conclusão, revelando uma total falta de planejamento e controle do Poder Executivo no tocante ao uso de recursos necessários à consecução das políticas públicas. A nação brasileira, cumpre avisar, tem suportado um elevado custo não só financeiro, como também e sobretudo, social, em razão da figura do contingenciamento.

Salta aos olhos, de plano, que o aspecto central da questão começa pela violação ao princípio da eficiência pelo Poder Executivo, no que toca aos gastos públicos, que, segundo Diogenes Gasparini[2], "impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento."

Foto: Saulo Cruz/ASCOM/TRF1

Ora, essa violação ao princípio da eficiência pela Administração Pública, no que concerne à Lei Orçamentária Anual, que se perfaz através do contingenciamento despido de critério e exercido de forma indiscriminada, irradia efeitos negativos para a consecução de inúmeros direitos fundamentais sociais, cumprindo indagar sobre a sua constitucionalidade.

A figura do contingenciamento, pois, não poderia abarcar obras públicas em andamento que digam respeito ao "mínimo existencial" assegurado pelo texto constitucional.

Sabe-se, com amparo na melhor doutrina, que o mínimo existencial é formado pelas condições materiais básicas para a existência, correspondendo a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana, à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica, passível, portanto, de controle judicial.

Inconcebível, pois, em um Estado Social, que obras públicas que digam respeito à concretude do acesso ao saneamento básico, ensino público fundamental, habitação de interesse social, bem ainda outras que estejam compreendidas no núcleo do mínimo existencial e que se entrelaçam com a proteção da dignidade da pessoa humana, sofram os reveses do contingenciamento, que, não raro, prestigia mais os critérios políticos e até eleitoreiros na destinação das verbas públicas do que as prioridades constitucionais.

Não se pode esquecer que um dos objetivos primordiais de uma Constituição democrática é o comprometimento com o "consenso mínimo", isto é, decisões políticas fundamentais insertas na própria Constituição e que visam assegurar um mínimo de direitos aos indivíduos, que são colocados pelo poder constituinte originário fora do alcance da deliberação política e das maiorias.

A consequência da inobservância, pelo Poder Executivo, das decisões políticas fundamentais respeitantes ao consenso mínimo, albergadas na Constituição, é a possibilidade de controle judicial, à proporção que, não raro, essa violação vai de encontro a direitos subjetivos, ainda que de forma difusa ou coletiva.

Não há que se falar, no caso em tela, da reserva do possível jurídica, tendo em vista que, no caso do contingenciamento, há previsão orçamentária.

Do mesmo modo, não se pode falar da reserva do possível fática, que pressupõe exaustão dos recursos disponíveis, tendo em vista que as obras públicas que visam materializar o mínimo existencial atendem a uma prioridade axiológica e política estabelecida na própria Constituição.

Em resumo e, em tal contexto, o contingenciamento sobre obras públicas em andamento e que vá de encontro ao mínimo existencial é sindicável pelo Poder Judiciário.

Dessa maneira, a deliberação política, no que toca ao princípio da dignidade da pessoa humana, somente pode se dar na zona exógena do mínimo existencial, dependendo da concepção filosófica e ideológica dos governos que vêm e vão.

Neste particular, Ana Paula de Barcellos[3], registra que " (...) Recorra-se aqui a uma imagem capaz de ilustrar o que se afirma: a de dois círculos concêntricos. O círculo interior cuida afinal do mínimo de dignidade, decisão fundamental do poder constituinte originário que qualquer maioria terá de respeitar e que, afinal, representa o efeito concreto mínimo pretendido pela norma e exigível. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico, de acordo com as escolhas específicas do povo."

Destarte, só para exemplificar, contingenciar verbas predestinadas ao saneamento básico, afetando o andamento de obras públicas nesse setor, afigura-se como ato passível de controle judicial, já que vai de encontro ao mínimo existencial, bem ainda ao direito fundamental social à saúde e, nesse caso, a transgressão caminha para muito além, afetando, inclusive, o próprio direito à vida.

Os dados acerca da importância do saneamento básico são públicos e notórios; todavia, nunca é demais lembrar que 80% (oitenta por cento) dos leitos hospitalares pátrios são ocupados com pessoas que contraem doenças decorrentes da ausência de saneamento, como, por exemplo, hepatite A, dengue, cólera, diarreia, leptospirose, febre tifoide e paratifoide, esquistossomose, infecções intestinais, dentre outras, que afetam particularmente crianças até 5 (cinco) anos. Essas doenças são conhecidas no meio médico como "doenças de pobre" ou "doenças do subdesenvolvimento".

Impende salientar, outrossim, que, segundo a OMS (Organização Mundial de Saúde), a cada U$1,0 (um dólar) investido em saneamento básico, poupam-se U$5,0 (cinco dólares) no sistema de saúde curativo.

Deflui-se que seria vantajoso para o país investir em saneamento básico, não só pelos aspectos sociais e de saúde pública, mas também pelo aspecto econômico, porque pouparia, preventivamente, bilhões de reais no SUS (Sistema Único de Saúde) e esse excedente poderia melhorar, não só qualitativamente como também quantitativamente o exercício desse direito social tão relevante, sobretudo para os hipossuficientes deste país. Vê-se que a baixa quantidade de

investimentos no saneamento básico se apresenta como uma inversão de prioridades que custa muito caro à nação, seja pelo aspecto financeiro, seja pelo social.

Ao enxergar esses dados, não há como negar que o Estado brasileiro funciona sob o cruel e desumano signo da ineficiência, gerencia mal o dinheiro público, padece de uma sensível e visível incapacidade de operacionalizar prestações positivas essenciais ao convívio democrático, que vai desde a elaboração dos projetos de obras públicas até a sua completa e cabal execução. Portanto, não se pode duvidar que o Poder Judiciário tem um importante papel a cumprir diante desse estado de caos do Poder Executivo, no que concerne ao implemento das políticas públicas que resgatem os valores constitucionais de maior envergadura.

A figura do contingenciamento é um "cheque em branco" que as instituições republicanas conferem ao Poder Executivo e isso chega a ser, com a devida vênia, no mínimo, preocupante. Significa dizer que, ao menos quanto ao mínimo existencial, é preciso se conscientizar que há corresponsabilidade entre os poderes pela concreção do desiderato constitucional.

Não é possível conceber que o Poder Executivo possa colocar sobre a mesa das barganhas políticas direitos subjetivos essenciais à dignidade humana.

Difícil falar que o controle judicial, nessa atmosfera, compelindo o Poder Executivo a empenhar verba orçamentária em favor de obras públicas que se refiram ao mínimo existencial, implicaria em violação ao princípio da separação dos poderes. Aliás, esse impasse pode ser solucionado, em situações concretas, pela ponderação de valores, pois, para Ana Paula de Barcellos[4], *verbis*:

> Independentemente de um maior aprofundamento sobre os diferentes fundamentos apresentados acima, ou mesmo de uma decisão lógica por qualquer deles, o fato é que todos, de alguma forma, justificam a centralidade e a fundamentalidade de determinadas normas constitucionais, relacionadas com a dignidade humana e com os direitos fundamentais, quando comparadas com outras, justificando teoricamente o parâmetro que se acaba de propor. Assim, em suma, verificando-se um conflito que exija ponderação, terão preferência as normas que atribuam direitos fundamentais ou diretamente resguardem a dignidade humana.

A abordagem do tema em debate não é meramente acadêmica e doutrinária, cabendo lembrar que a jurisprudência tem, paulatinamente, abraçado esses institutos jurídicos. Aliás, o e. STJ[5], com proficiência, assinalou:

(...) 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social (...) – STJ - RESP 201000486284 — RESP — RECURSO ESPECIAL – 1185474. Relator HUMBERTO MARTINS. Órgão Julgador: Segunda Turma. DJE DATA: 29/04/2010.

Como se divisa, o núcleo que constitui o mínimo existencial é formado, via de regra, pelo princípio da dignidade da pessoa humana em consórcio com alguns dos direitos fundamentais sociais. A importância da afirmação dos direitos fundamentais sociais, aliás, afigura-se incontestável, porquanto uma Constituição não pode ser somente uma carta de boas intenções, sob pena de render ensejo, na esteira da melhor doutrina, a uma censurável "insinceridade normativa".

Os direitos sociais visam, como se sabe, dentre outras coisas, corrigir distorções na realidade fática, em favor dos menos favorecidos, sobretudo diante de contextos marcados por acentuadas desigualdades entre as classes.

É da essência do constitucionalismo social que a felicidade dos homens não se alcança apenas contra o Estado, mas, sobretudo, pelo Estado[6].

Além disso, a afirmação de direitos sociais não perfaz somente a concretização dos ideais socialistas de minimizar a desigualdade material entre os homens, pois, mais que isso, cumpre também o papel de consolidar a estabilidade e a paz social. Neste sentido, leciona Paulo Bonavides que: "Há no quadro do pluralismo democrático uma segunda concepção de Estado social que faz da igualdade e da justiça social postulados de criação e sustentação de um modelo deveras humano de convivência, assentado sobre conquistas básicas e reais no terreno da educação, da saúde etc. (...), para fazer da união do trabalho com o capital o alicerce de todas as instituições, o cimento de todos os interesses e de todas as liberdades públicas num regime constitucional de consenso, reconciliação e quebrantamento de antagonismos sociais, um regime que faça portanto a paz social prosperar e a estabilidade reinar no universo de conflitos, até ontem aparentemente inarredáveis fora das soluções ditatoriais e revolucionárias."

Para Norberto Bobbio[7], não basta a "liberdade de", sendo indispensável a "liberdade para", que define como sendo aquela que "atribui ao indivíduo não apenas a faculdade, mas também o poder para fazer. Se houvesse apenas as liberdades negativas, todos seriam igualmente livres, mas nem todos teriam igual poder. Para equiparar os indivíduos, quando os reconhecemos como pessoas sociais também no poder, é preciso que sejam reconhecidos outros direitos, tais como os direitos sociais, os quais devem colocar cada indivíduo em condições de ter o poder para fazer aquilo que é livre para fazer. Entende-se que o reconhecimento desses direitos sociais requer a intervenção direta do Estado, tanto que são denominados também 'direitos de prestação'."

A afirmação do mínimo existencial e dos direitos fundamentais sociais, de certa maneira, se entrelaça com os fins da própria atividade jurisdicional, que, por sua vez, e inclusive, fornece subsídios hermenêuticos imprescindíveis para a boa e correta

aplicação do direito a situações concretas que envolvam essas temáticas. Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart[8], quanto aos fins da atividade jurisdicional, assinalam que: "Se o Estado brasileiro está obrigado, segundo a própria Constituição Federal, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, e ainda a promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º da CF), os fins da jurisdição devem refletir essas ideias."

Tocante à interpretação e aplicação das leis (hermenêutica) não se pode olvidar, na mesma linha, da dicção inserta no artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." Sobre esse dispositivo legal, R. Limongi França[9], na obra "Hermenêutica Jurídica", faz o seguinte comentário: "Quanto à expressão *fins sociais*, pensamos que aí se pode divisar a adoção do pensamento de Alexandre Álvares, esposado por Beviláqua, segundo a qual 'a aplicação da lei seguirá a marcha dos fenômenos sociais, receberá, continuamente, vida e inspiração do meio ambiente e poderá produzir a maior soma possível de energia jurídica'."

Vale repetir, aplicação da lei seguindo a marcha dos fenômenos sociais e recebendo vida e inspiração do meio ambiente, da realidade social. O direito deve acompanhar a dinâmica da vida, não podendo ser nem maior, tampouco menor. A jurisprudência pátria, em matéria do mínimo exigível, tem todo um caminho a ser percorrido e deve fazê-lo com coragem, perspicácia e, acima de tudo, com o inafastável senso de compromisso com as futuras gerações.

A própria ideia de democracia é insustentável sem que se afirme ao menos o mínimo existencial. Ana Paula de Barcellos[10], dentro desse espírito, pontua que: "Na verdade, o regime democrático depende de todos os cidadãos terem assegurado um conjunto mínimo de direitos que permita sua participação livre e consciente na formação da vontade majoritária".

Em resumo, o escopo, pelo Estado brasileiro, consistente em atingir metas fiscais e de *superávit* primário, através do contingenciamento, que é uma opção política, não pode sacrificar direitos fundamentais interligados ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana. Isso não condiz com o espírito de uma democracia contemporânea, pois condena um número indeterminado de pessoas a serem mantidas em um estado de vida sub-humano, de completa miserabilidade.

Sendo assim, nenhuma obra pública em andamento, que diga respeito ao mínimo existencial pode ser alvo de contingenciamento pelo Poder Executivo, podendo haver, no caso de inobservância dessa premissa, controle judicial que imponha, coativamente, ao Poder Executivo, a obrigatoriedade de respeitar o direito subjetivo eventualmente atingido, mediante expedição das notas de empenho. Há veículos processuais disponibilizados pelo nosso ordenamento jurídico para judicializar essas demandas, como, por exemplo, a ação civil pública. Cumpre ao Ministério Público e à Defensoria Pública atenção a essa desafiadora ferida aberta na nação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 3. ed. rev., atual. e ampl., da 2. ed. rev., atual. e ampl. Do livro Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 7. ed. ver e ampl – São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. – 2. ed. amplamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas/Luiz Roberto Barroso (organizador) – 3. ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Noberto, 1909 – Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos/Noberto Bobbio; organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. – 18ª reimpressão.

Acórdão TCU 1188/2007 – Plenário. Referente ao Processo nº 012.667/2006-4. Relator Valmir Campelo.

Acórdão do STJ. STJ - RESP 201000486284. Relator Humberto Martins. Segunda Turma. DJE. 29/04/2010.

FRANÇA, R. Limongi, 1927. Hermenêutica Jurídica/R. Limongi França. – 3. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1994.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo/Diógenes Gasparini. – 13. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008.

Revista Justiça & Cidadania. Artigo: "Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil. Autor: Carlos Velloso, Ministro do STF. Janeiro 2010.

NOTAS

[1] Acórdão TCU 1188/2007 – Plenário. Referente ao Processo nº 012.667/2006-4. Relator Valmir Campelo.

[2] GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo/Diógenes Gasparini. – 13. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 21.

[3] BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. – 2. ed. amplamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 282.

[4] BARCELLOS, Ana Paula de. BARROSO, Luís Roberto. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. SARMENTO, Daniel. NETO, Cláudio Pereira de Souza. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas/Luiz Roberto Barroso (organizador) – 3. ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 111.

[5] Acórdão do STJ. STJ - RESP 201000486284. Relator Humberto Martins. Segunda Turma. DJE. 29/04/2010.

[6] Revista Justiça e Cidadania. Artigo: "Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil. Autor: Carlos Velloso, Ministro do STF. Janeiro 2010. p. 23

[7] BOBBIO, Noberto, 1909 – Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos/Noberto Bobbio; organizado por Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. – 18ª reimpressão. p. 504.

[8] MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do processo de conhecimento/Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart. – 3. ed. rev., atual. e ampl., da 2.ed.rev., atual. e ampl. Do livro Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.36.

9 FRANÇA, R. Limongi, 1927. Hermenêutica Jurídica/R. Limongi França. – 3. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1994. p. 42-43.

10 BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 171.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE COMISSÃO

Eurico Teles e Luciano Caldas
Advogados

No presente e simplório estudo, não nos propomos a esgotar o tema. A intenção é, apenas, trazer alguma luz ao instituto do contrato de comissão. Nesse aspecto, tal propósito se apresentou um tanto desafiador, porque o contrato de comissão se configura um instrumento que não tem fim em si mesmo, pois é contrato preparatório de outros. No entanto, pudemos aferir que se trata de um instrumento muito interessante e que se mostra como sendo uma ferramenta muito útil aos operadores do direito.

Vejamos os motivos: a expressão "comissão" vem do latim *commissione* que significa "incumbência", "atribuição de uma tarefa a alguém", "ato de cometer, de encarregar" que já teve, ao longo da história, várias acepções. A acepção do presente estudo é a prevista nos arts. 693 a 709 do CC, os quais regem o contrato de comissão mercantil e a sua realização através do ajuste de vontades entre partes contratantes para a realização, por uma delas, de negócios mercantis, de interesse da outra parte.

Na lição de Maria Helena Diniz, contrato de comissão é o contrato pelo qual uma pessoa (comissário) adquire ou vende bens em seu próprio nome e responsabilidade, mas por ordem e conta de outrem (comitente), em troca de certa remuneração, obrigando-se para com terceiros, com quem contrata.

Para o ilustre professor Humberto Theodoro Junior: "É, pois, um contrato em que se estabelece um mandato, mas que com este não se confunde porque, a despeito de haver cometimento de encargo a terceiro para que pratique ato ou celebre contrato em benefício do mandante, não agirá o comissário em nome do comitente, mas em seu próprio nome. Diz-se correntemente que se trata de um mandato sem representação, justamente porque não tem poderes o comissário de obrigar a pessoa do comitente perante terceiros. (...) Pode-se conceituá-lo, pois, como uma modalidade excepcional de mandato que autoriza o comissário a agir em se próprio nome e sob sua exclusiva responsabilidade". (Contrato de Comissão no Novo Código Civil. in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 5, n. 25, p. 110).

Com a entrada em vigor do novo Código Civil em 2002, os arts. 165 a 190 do Código Comercial de 1850 que disciplinavam a matéria foram revogados, não sendo mais necessária a distinção entre comissão mercantil e civil, além do comissário não precisar ser necessariamente empresário, tendo em vista a ausência de previsão legal.

A comissão, na linguagem antiga do Código Comercial, seria um mandato sem representação, um contrato de colaboração empresarial. Ao contrário do mandato, entretanto, o comissário não representa, nos negócios que pratica, o comitente. O comissário adquire ou vende bens à conta do comitente, mas contrata em nome próprio, e não em nome da empresa a que presta colaboração (art. 693), figurando, portanto, como parte no contrato. Ao contrário do mandato, o comissário não gere os negócios do comitente, tampouco age como seu procurador o que dispensa a apresentação de documento que o habilite. Para que a comissão seja devida e o contrato respeitado é necessário a conclusão dos negócios por sua conta e em seu próprio nome (o que por si descaracteriza, portanto, a representação).

Significa dizer que o comissário obriga-se diretamente perante terceiros e que a sua presença na realização do negócio afasta totalmente o comitente do terceiro que com aquele negocia. Assim, as relações jurídicas são distintas: uma é

Foto: Arquivo JC

Eurico Teles, advogado e diretor jurídico da Oi

interna, entre o comitente e o comissário, e a outra é externa, entre o comissário e o terceiro com quem negocia, o que reflete uma certa autonomia daquele. Inexiste em decorrência disso, relação jurídica entre o terceiro e o comitente, permitindo que este, inclusive e se for do seu interesse, mantenha-se literalmente e juridicamente estranho/desconhecido do terceiro com quem o comissário negocia.

É importante registrar que, como não poderia deixar de ser, por cuidar dos interesses do comitente, o comissário deve agir de acordo com suas ordens e instruções, devendo agir com cuidado e diligência, tanto para evitar-lhe prejuízos como para, e principalmente, proporcionar o lucro e/ou o objetivo para o qual foi contratado. Ao se afastar das instruções do comitente, acarretando-lhe prejuízos, responde o comissário, exceto nos casos fortuitos ou, como regra geral, em caso de insolvência dos terceiros com quem contratar.

Há ainda a hipótese de pactuação prévia de cláusula *del credere*, expressão em latim que, traduzida, significa "da confiança". Quanto é feito tal pacto no contrato de comissão, o comissário se torna responsável solidário (perante o comitente) das obrigações contraídas pelas pessoas por ele contratadas, o que garante dessa maneira a execução do contrato, no todo ou em parte. Como se afigura maior risco assumido, normalmente o comissário faz jus, nesses casos, a um acréscimo na remuneração (comissão).

Já no que se refere à obrigatoriedade de prestação de contas e de seguimento das ordens e instruções do comitente na prática das atividades decorrentes de seu cargo, o comissário terá os excessos que praticar justificados, quando destes decorrer vantagem ao comitente ou ainda quando a conclusão

> "Na lição de **Maria Helena Diniz, contrato de comissão** é o **contrato** pelo qual uma **pessoa** (comissário) **adquire** ou **vende bens** em seu **próprio nome** e **responsabilidade**, mas por **ordem e conta de outrem** (comitente), em **troca de certa remuneração,** obrigando-se para com **terceiros**, com quem **contrata**."

Foto: Arquivo JC

Luciano Caldas, advogado e diretor jurídico de contencioso cível estratégico e criminal da Oi

do negócio se faz necessária, sem retardo, e, mantenha suas ações em conformidade com os usos. Em qualquer outro caso, que não esses, havendo aprovação do comitente, ainda que tácita, estará saneado o excesso.

Para efeitos didáticos e quem sabe acadêmicos, podemos pontuar que o contrato de comissão é:

i) bilateral, por criar obrigações recíprocas tanto para o comissário como para o comitente;
ii) consensual, tendo em vista bastar o simples consenso entre o comissário e o comitente, independe da entrega do bem;
iii) não solene, ou seja, sem exigências legais de formalidade;
iv) oneroso, pois obriga o comitente a recompensar monetariamente o comissário pelos serviços prestados, e;
v) pessoal, em virtude da presença do *intuitus personae*. Assim, apenas o contratado poderá cumprir a obrigação, sendo obrigação intransferível, gerando a presunção de confiança mútua entre o comitente e o comissário, que pode ser tanto pessoa física quanto jurídica.

Além de concluir o negócio em seu próprio nome, o comissário tem como obrigação:

i) seguir as ordens e instruções do comitente, ou na ausência destas, observar os usos e costumes da praça onde o negócio se realiza, com cuidado e diligência;
ii) comunicar o comitente assim que concluído o negócio, informando o nome do terceiro beneficiário e as datas ajustadas para pagamento;
iii) informar a ocorrência de avarias nas mercadorias ou divergência entre valores;
iv) prestar contas através da transferência dos valores angariados com a transação, ficando a seu cargo as deduções autorizadas pela lei;
v) pagar juros pela mora na entrega dos fundos que pertencerem ao comitente, e;
vi) se responsabilizar pela guarda e conservação dos bens do comitente.
vii) relativamente a terceiros, o comissário se responsabiliza pelas obrigações contraídas, visto que o contrato é celebrado em seu nome, assim como, por perda e extravio de dinheiro.

Em contrapartida o comissário tem o direito de ser reembolsado dos valores eventualmente gastos na celebração dos negócios contraídos por conta do comitente, com juros (a não ser que pagos antecipadamente), além de ter o direito a:

i) reter bens e valores, antes do repasse ao comitente, para garantir o pagamento de sua comissão ou o reembolso de despesas;
ii) ser indenizado, no caso de prejuízos decorrentes da atividade que exercer, também acrescido de juros, quando cabível;
iii) ser remunerado pelos atos negociais praticados, ainda que proporcionalmente no caso de impossibilidade de conclusão, que independa de sua vontade;
iv) perceber perdas e danos, além da remuneração devida e pactuada, quando dispensado sem justa causa;
v) dilatar prazos para pagamento, exceto quando houver instrução contrária do comitente, e;

vi) gozar de crédito privilegiado no caso de falência ou insolvência do comitente.

O comitente tem por obrigação precípua remunerar o serviço do comissário, ainda que proporcionalmente quando não concluído por: motivo de força maior, morte e dispensa com ou sem justa causa do comissário. Também é obrigado a:

i) fornecer fundos para possibilitar a realização de negócios;
ii) ressarcir as despesas realizadas pelo comissário nos atos decorrentes da atividade de comissão, com juros;
iii) executar o contrato celebrado, de acordo com suas instruções, pelo comissário;
iv) pagar juros pelos valores adiantados pelo comissário para conclusão de negócios decorrentes de instruções suas.

De outra borda, o comitente tem direito a mover ação, contra o comissário, pelos atos de comissão praticados em desrespeito à previsão legal, e diretamente contra os terceiros quando o comissário lhe ceder seus direitos, bem como a:

i) exigir que o comissário pague, imediatamente, valores não recebidos em decorrência de dilação de prazo concedida contrariamente às suas orientações, ou até mesmo quando não lhe for dado conhecimento sobre nomes e datas de pagamentos;
ii) alterar as instruções passadas ao comissário, que deverão ser observadas inclusive para negócios pendentes;
iii) reivindicar valores e bens que sejam de sua propriedade e estejam em poder do comissário e receber diretamente dos terceiros que com este contrataram, no caso da falência ou insolvência deste.

Na doutrina dominante prevalece a exegese extraída do art. 694, o qual prevê que: "O comissário fica diretamente obrigado para com as pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas, salvo se o comissário ceder seus direitos a qualquer das partes".

No entanto, alguns juristas e estudiosos já ousam inovar sobre o dispositivo legal, prosperando, na doutrina mais recente, opinião contrária, no sentido de que, por exercer direito próprio, o comitente, independentemente de cessão de direitos do comissário, pode exigir o cumprimento do contrato diretamente do terceiro.

Orlando Gomes apresenta a figura do comissário como titular formal do crédito, alegando que nesta condição é que deve reclamar o pagamento. Todavia, segundo seu ponto de vista, o direito de ação do comissário não impede que o comitente promova diretamente a realização do crédito, visto que é a ele que interessa o recebimento. Assim, por duas formas poderia se dar o confronto do comitente com o terceiro: diretamente (conforme nova doutrina) ou por cessão dos direitos do comissário (hipótese ausente de controvérsia quanto a seu cabimento).

Fábio Ulhoa Coelho, explicitando as características da comissão mercantil, ensina: "Acentue-se que as negociações levadas a efeito pelo comissário atendem, na verdade, aos interesses do comitente, sendo, por esta razão, empreendidas por conta e risco deste último. Assim, todos os riscos comerciais do negócio cabem, em princípio, ao comitente.

> Assim, **por duas formas poderia** se dar o **confronto** do **comitente** com o **terceiro**: diretamente (conforme nova doutrina) ou por cessão dos **direitos do comissário** (hipótese **ausente de controvérsia** quanto a **seu cabimento).**

Mesmo na comissão *del credere*, correm por conta do comitente os demais riscos, como o de vício na coisa vendida ou evicção."

Para Waldemar Ferreira, citado por Bulgarelli, o Código Comercial afastou, peremptoriamente, "qualquer relação entre o comitente e o terceiro que interveio no negócio em seu prol realizado pelo comissário. O comissário, reza o art. 166, 'fica diretamente obrigado às pessoas com quem contratar, sem que estas tenham ação contra o comitente, nem este contra elas'. Eis o ponto saliente. Não age o comissário como representante do comitente. Este é inteiramente estranho ao negócio jurídico levado por aquele a cabo. Se, todavia, quiser nele intervir, será indispensável outro negócio jurídico — a cessão de direito, para que lhe suceda na relação jurídica: 'salvo se o comissário fizer cessão dos seus direitos a favor de uma das partes'." (FERREIRA, Waldemar. Aspectos econômicos e financeiros do contrato de comissão mercantil. Revista de Direito Mercantil, 1953, ano III, n. 2.403, p. 100-101. apud BULGARELLI, Waldirio. Contratos Mercantis. 8 ed. São Paulo: Atlas, 1995. n. 2.13.10, p. 496) — sublinhou-se.

Enfim, afora a discussão jurídica acerca do direito do comitente de, independentemente de cessão de direitos do comissário, exigir o cumprimento do contrato diretamente do terceiro, concluímos que o contrato de comissão é um instrumento jurídico muito interessante e que pode ser brilhantemente utilizado para celebração de negócios jurídicos simples, bem como para celebração de negócios jurídicos de alta complexidade e relevância.

EMENDA DO DIVÓRCIO
CEDO PARA COMEMORAR

Luiz Felipe Brasil Santos
Desembargador do TJERS

Em vigor desde 14 de julho último, a Emenda Constitucional nº 66/2010 alterou a redação do § 6º do art. 226 da Constituição Federal, retirando do texto a referência à separação judicial e aos requisitos temporais para a obtenção do divórcio.

Ao fazê-lo, suscitou natural perplexidade entre os operadores do Direito, que se indagam acerca da imediata extinção do instituto da separação judicial e da possibilidade, agora, de se obter o divórcio sem que seja exigido qualquer tempo de separação de fato ou de separação judicial.

Como costuma ocorrer em ocasiões como esta, opiniões há em ambos os sentidos. É preciso, pois, neste momento, extrema cautela na análise técnica e desapaixonada da questão. Vejamos.

Atente-se que qualquer norma será formalmente constitucional só pelo fato de constar na Constituição Federal. Porém, nem todas as normas formalmente constitucionais são também materialmente constitucionais. Os dispositivos apenas formalmente constitucionais são denominados por alguns autores de lei constitucional. São regras que, por sua natureza, não precisariam constar da Constituição, mas lá são colocadas por razões de simples conveniência política. É como se fosse uma lei inserida no corpo da Constituição. Uma lei travestida de Constituição. Nossa Carta Magna é notoriamente pródiga em normas constitucionais em sentido apenas formal. Os exemplos são até dispensáveis e não caberiam em um texto resumido como este.

É esse exatamente o caso do texto modificado pela EC nº 66/2010. Uma breve retrospectiva histórica auxiliará na compreensão do que aqui se sustenta.

O casamento civil somente foi implantado em nosso país no ano de 1890, pelo Decreto 181, de 24.1.1890, que não tratava da dissolução do vínculo, prevendo apenas a separação de corpos (divórcio canônico). No Código Civil de 1916 foi introduzido o desquite, como forma de pôr fim à sociedade conjugal, mantendo íntegro o vínculo. Até então, sinale-se, o tema da extinção da sociedade conjugal não tinha sido alçado à dignidade constitucional. Nossa primeira Constituição a dispor acerca dessa matéria foi a de 1934, que, no art. 144, erigiu a princípio constitucional a indissolubilidade do vínculo matrimonial, como estratégia para dificultar a introdução do divórcio em nosso país, acrescentando, no parágrafo único, que: "A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento(...)".

A Constituição de 1937, porém, em seu art. 124, embora tenha mantido o princípio da indissolubilidade, calou acerca do desquite, que, no entanto, permanecia previsto no Código Civil. O mesmo ocorreu com a Carta de 1946, com a Carta outorgada de 1967 (art. 167) e com a Emenda Constitucional 1/69: preservação do princípio da indissolubilidade do vínculo e silêncio completo acerca do desquite, que, como notório, sobrevivia soberanamente apenas na legislação ordinária (Código Civil de 1916).

Ao que se saiba, na época, ninguém sustentou a tese de que, pela circunstância de que a Constituição deixara de contemplar o desquite dentre seus dispositivos, esse instituto fora abolido. E isso pela singela razão de que o desquite continuava previsto no Código Civil. E isso bastava!

Somente em 1977 a Emenda Constitucional nº 9/77 retirou da Constituição o princípio da indissolubilidade do vínculo, possibilitando a introdução do divórcio em nosso país. No entanto, como parte do pacto político então firmado entre divorcistas e antidivorcistas, o § 1º do art. 175 estabeleceu,

em contrapartida, como condição para a obtenção do divórcio, a existência de prévia separação judicial por, no mínimo, três anos. Ou seja: o divórcio somente poderia ser obtido transcorrido esse lapso temporal e por conversão da separação judicial. E, dispondo assim a Constituição, assegurava-se que a lei ordinária não poderia regrar diferentemente, risco que os antidivorcistas não queriam correr! Essa a razão para, a partir de então, ter sido reintroduzida na Constituição Federal — como norma apenas formalmente constitucional, frise-se — a menção à separação judicial e às condições para a obtenção do divórcio: nada mais do que um dispositivo de segurança para as correntes conservadoras.

Por aí se vê que a eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil) — como permaneceram durante 40 anos, entre 1937 e 1977 —, está agora aberta a porta para que esta seja modificada.

Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional. E isso basta!

Contenhamos um pouco, pois, nosso entusiasmo com a Emenda Constitucional nº 66/2010. Ela é, sem dúvida, extremamente importante, mas um próximo e indispensável passo necessita ser dado para que se alcance o objetivo de eliminar os entraves legais ao exercício da liberdade no seio das famílias, extirpando institutos anacrônicos como a separação judicial.

Foto: Arquivo TJERS

ESTATUTO DO IDOSO

Maximino Golçalves Fontes Neto
Advogado
Membro do Conselho Editorial

Três elementos formam uma nação: a família (célula mater), a sociedade (o povo) e o Estado (governo com poder sobre um território).

Todos, segundo a Constituição da República (art. 230), têm o dever de amparar as pessoas idosas, que prestaram sua contribuição à sociedade, estando ou aposentadas ou sem condições laborais, a garantir-lhes o amparo, a participação na comunidade, a defesa de sua dignidade, o seu bem-estar e o direito à vida.

Hoje, há entendimento doutrinário de que essa cidadania plena corresponde ao exercício dos direitos civis, políticos e sociais, os quais, com os direitos econômicos e culturais, estão compreendidos nos chamados direitos humanos, qualificados de indivisíveis pela ONU, pois afinal o direito é feito e destinado para o homem.

Pois bem, é nesse contexto que se cumprem os desígnios da Carta Magna previstos no seu art. 230, com o advento do Estatuto do Idoso, através da Lei federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, para a construção de uma sociedade mais justa e de um Estado democrático, com o respeito aos direitos sociais, assim como já o fizeram o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Análise de dispositivos relevantes para o setor de transporte

A abordagem acerca do Estatuto do Idoso limitar-se-á, aqui, a dispositivos que versam diretamente sobre o setor de transporte coletivo de passageiros, sem prejuízo do exame de outros, cujo interesse seja manifesto.

> Art. 1º. É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Promulgado e publicado, no dia 3 de outubro de 2003, esse diploma legal, que institui o Estatuto do Idoso, tornou-se eficaz a partir do dia 1º de janeiro de 2004 (art. 118), definindo como idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos em seu art. 1º.

Observe-se, desde logo, que se designavam de idosas as pessoas maiores de sessenta e cinco anos, o que decorria da regra do art. 230, § 2º, da Constituição da República, que as concede o direito à gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Como no *caput* do referido art. 230 há menção de que cabe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas e também no seu § 1º preconiza-se que os programas de amparo aos idosos serão executados em seus lares, concluiu-se que essa expressão corresponde à faixa etária definida no mencionado parágrafo de tal dispositivo constitucional.

Daí, passou-se a definir essas pessoas beneficiárias do direito à gratuidade nos transportes coletivos urbanos como idosas.

Desse modo, ao expressar o limite etário de início do direito à gratuidade nos transportes coletivos urbanos, o Pacto Social, de certa forma, determinou também o critério cronológico de velhice, fornecendo esse parâmetro.

Decerto, o legislador infraconstitucional é livre para definir a faixa etária de uma pessoa, para os efeitos mencionados no Estatuto (embora não possa contrariar a regra do art. 230, § 2º, da Lei Fundamental, no caso dos serviços de transporte coletivo urbano), mas causa espécie a adoção desse critério cronológico, justamente num momento em que as pessoas vivam mais, ante os indubitáveis progressos e evolução da medicina, fazendo com que doenças antes fatais passem a ter cura.

Considerando o aumento gradativo da sobrevida da população, ante os recursos da genética, da cibernética e de outras descobertas científicas de um modo geral, chega a ser contraditório que, em pleno século XXI, reduza-se esse limite para 60 anos, passando-se a considerá-la idosa, quando deveria ser o contrário.

Será que foram auscultadas as pessoas que se encontram nessa faixa etária, para saber-se se realmente concordam com essa decisão legislativa? Quais os critérios que presidiram a regulação ora levada a efeito?

Quem é o idoso? Pode confundir-se a velhice com a deficiência física? O que é a velhice? Hoje alguém é adulto, amanhã acorda velho? Todos são considerados velhos tendo como parâmetro apenas o fator tempo? Existem diferenças entre o velho que reside na cidade e o que mora no campo?

Aliás, a Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que instituiu a "Política Nacional do Idoso", com objetivo de assegurar-lhe direitos sociais, adotou o mesmo critério cronológico,

Foto: Arquivo JC

considerando na categoria a pessoa maior de sessenta anos de idade, sem que haja respostas para as perguntas ora formuladas.

Por seu turno, a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, regulamentada pelo Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995, que foi revogado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, estabeleceu benefício previdenciário para idosos e portadores de deficiência determinando a sua concessão somente para os maiores de 70 anos. Esse limite caiu, em 1/1/1998, para 67 anos e, em 1/1/2000, para 65 anos.

Na verdade, o conceito de idoso vem sendo retardado, em face do aumento de vida média da população brasileira, de que é exemplo a reforma da Previdência, com o aumento da idade dos segurados para se aposentarem.

Capítulo X – Do Transporte

> Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.
>
> § 1º Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.
>
> § 2º Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10 % (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos.
>
> § 3º No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no *caput* deste artigo.

Registre-se, inicialmente, no exame do *caput* do art. 39, que a gratuidade concedida aos maiores de sessenta e cinco constitui-se em direito, tendo por fonte a Constituição da República, sendo apenas e exclusivamente assegurada no transporte coletivo urbano e não no semiurbano, como literalmente está expresso no Estatuto do Idoso.

Neste caso, o que seria o transporte coletivo semiurbano?

Veja-se o art. 1º, da Lei nº 7.418/85, que instituiu o Vale-Transporte, destinado à utilização do empregado no seu deslocamento residência-trabalho e vice-versa, *verbis*:

> Fica instituído o vale-transporte, que o empregador, pessoa física ou jurídica, antecipará ao empregado para utilização efetiva em despesas de deslocamento residência-trabalho e vice-versa, através do sistema de transporte coletivo público, urbano e intermunicipal e/ou interestadual com características semelhantes aos urbanos, geridos diretamente ou mediante concessão ou permissão de linhas regulares e com tarifas fixadas pela autoridade competente, excluídos os serviços seletivos e os especiais.

Percebe-se, aqui, que o legislador federal tornou obrigatório o Vale-Transporte (um reflexo da relação de emprego, cuja

competência privativa para legislar é da União, a teor do art. 22, I, da Carta Magna) para a sua utilização em três níveis: urbano, intermunicipal e interestadual, estes com características semelhantes aos urbanos.

Ora, "urbanos" aqui não é sinônimo de municipal e significa, literalmente, o que é relativo ou pertencente à cidade: transporte urbano, que poderá ser a sede ou não de um Município (entidade federativa, art. 18, da CF/88), mas que corresponde ao lugar onde o empregado estabelece a sua residência e dali se desloca para o trabalho (comércio, indústria, serviços etc.).

As duas hipóteses estariam abrangidas, para efeito de concessão do Vale-Transporte, quer na ligação urbana (em todos os bairros da sede); quer na ligação interdistrital, podendo-se usar esse mesmo raciocínio para a gratuidade do idoso.

Quanto aos serviços intermunicipais com características urbanas, a que alude o referido art. 1º, da Lei nº 7.418/85, deve-se observar, em primeiro lugar, que atributo intermunicipal por conceito se refere à ligação de pelo menos dois ou mais municípios. Portanto, há de ser uma linha ou serviço que possua essa característica.

Contudo, há as ligações na Região Metropolitana do Rio de Janeiro, composto de 14 (quatorze) municípios, muitos dos quais considerados cidades-dormitório, pois parte de seus residentes trabalham na cidade do Rio de Janeiro.

Pois bem, os veículos que operam esses serviços são assim, porquanto, dotados de duas portas, à semelhança do que ocorre com os ônibus urbanos, podendo por essa razão ser utilizados pelos empregados portadores do Vale-Transporte.

Essa parece ter sido a *mens legis*, no caso do Estatuto do Idoso, podendo-se considerar, silogisticamente, essas ligações como semiurbanas, assim como as interestaduais, com características urbanas.

Entrementes, como se trata de lei ordinária a que institui o Estatuto do Idoso, não possui esse diploma legal o condão de alterar a Constituição, a que pelo critério hierárquico está subordinada, dela inclusive recebendo o seu fundamento de validade.

Portanto, não se afigura provável possa a União neste caso interferir na organização dos serviços públicos dos Estados (art. 25, § 1º, da Carta Magna) ou dos Municípios (art. 30, V, do Texto Constitucional), estendendo aos serviços semiurbanos a gratuidade em pauta, até porque, neste ponto, não se trata de norma geral a eles oponível.

No caso do Estado do Rio de Janeiro, no entanto, a extensão da gratuidade aos idosos nesses serviços já está assegurada por força da regra contida no art. 245, da Constituição deste Estado, *verbis:*

> Art. 245. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade nos transportes coletivos urbanos e intermunicipais.

Observe-se, de toda sorte, que o fundamento jurídico da gratuidade para o idoso nessas ligações semiurbanas, na hipótese do Estado do Rio de Janeiro, não será o Estatuto do Idoso, porém a Carta Estadual (art. 245).

Mas ainda que se entenda que também neste ponto se trate de norma geral, pois o Estatuto do Idoso seria lei nacional e porque estaria a União legislando, com fundamento no art. 24, XVI, porque o idoso seria também deficiente (à semelhança do que se tem entendido em diversas legislações municipais, pelas similitudes que entre si guardam), mesmo assim seria necessária a correspondente fonte de custeio dessa nova gratuidade, como de resto para a anterior, conforme a decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça deste Estado, proferida na Representação por Inconstitucionalidade nº 37/02.

Ainda no exame do *caput*, do art. 39, deve-se ressaltar que a exclusão dos serviços seletivos e especiais para o exercício da gratuidade assegurada ao idoso está em sintonia com o princípio que ela há de ser exercida da forma menos onerosa para a delegatária do serviço público, aliás consagrado não somente no art. 16, da Lei nº 2.831/97 do Estado do Rio de Janeiro, que disciplina a concessão e a permissão dos seus serviços públicos; como também no art. 12, da Lei Complementar do Município do mesmo nome nº 37/98.

Por conseguinte, somente na hipótese de inexistir oferta de serviços regulares ou convencionais de transporte coletivo de passageiros, prestado de modo indireto, é que a gratuidade poderá ser exercida nos serviços seletivos ou especiais.

Portanto, observam-se no Estatuto os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

Razoável, porque há consenso de que se a grande maioria dos usuários se utiliza dos serviços convencionais, prestados em ônibus com duas portas, não é legítimo, justo e muito menos sensato que o beneficiário da gratuidade se utilize de serviços seletivos ou especiais somente utilizados por uma minoria, que, para tanto, suporta o peso de uma tarifa maior.

Proporcional, pois tem de haver entre os meios restritivos e os fins obtidos justa medida. Ora, se já se impõe o ônus da gratuidade, não se pode a ele acrescentar mais um *plus*, ou seja, que a gratuidade seja ainda mais onerosa, com a sua prestação nos serviços seletivos ou especiais.

Por outro lado e com relação à proposição normativa contida no § 1º, do art. 39, no sentido que ao idoso basta a apresentação de documento pessoal que faça prova de sua idade para fazer jus à gratuidade nos serviços em pauta, a lógica aqui do legislador infraconstitucional foi a de que, não havendo necessidade de instrumentalização desse direito, esse documento pessoal seria o suficiente para alcançar-se o desiderato da lei.

Realmente, o direito à gratuidade independe de instrumento, pois a sua fonte formal é a lei em exame. No entanto, haverá situações, como ocorre na bilhetagem eletrônica, em que se torna indispensável portar cartão magnético para ultrapassar o obstáculo da catraca, como ocorre com todos os usuários pagantes e também com os demais beneficiários de gratuidades.

Aqui, portanto, não há qualquer discriminação, pois todos os usuários — pagantes e não-pagantes — se submetem ao mesmo mecanismo, sendo, pois, todos tratados, materialmente, de forma igual.

No § 2º, do art. 39, a regra de se reservar preferencialmente dois assentos para os idosos tem cunho moral, que seria até desnecessário, se outra fosse a formação, sobretudo de alguns jovens, que, sentados, assim permanecem, parecendo

simplesmente ignorar a presença de senhores ou senhoras já de avançada idade, que, à sua frente, viajam em pé nos coletivos e não lhes cedem os lugares. No substrato da norma, pretende-se, portanto, inculcar um comportamento ético aos seus destinatários.

Com relação ao § 3º, do mesmo art. 39, remete-se à legislação local (estadual ou municipal) dispor sobre as condições para o exercício da gratuidade por pessoas, cuja faixa etária esteja compreendida entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos.

Na hipótese do Estado do Rio de Janeiro, de fato, foi editada a Lei nº 4.047, promulgada e publicada em 7 de janeiro de 2003, que, para o efeito de todas as leis, decretos e/ou portarias que estejam em vigor neste Estado, passam a ser considerados idosos todos aqueles que tiverem completado 60 (sessenta) anos de idade (art. 1º).

Ao agir-se dessa forma, restou ampliado genericamente o conceito estabelecido em diversos dispositivos legais, atingindo-se a esfera jurídica de outros particulares igualmente resguardada por preceitos constitucionais.

Em face dessa lei, a FETRANSPOR ajuizou a Representação por Inconstitucionalidade nº 37/2003, a formular pedido no sentido de declaração de inconstitucionalidade parcial, eliminando a possibilidade de interpretação, em que essa lei fosse aplicável a leis estaduais — sobretudo a Lei nº 3.339/99 — com a alteração da faixa de idade beneficiária da gratuidade de 65 para 60 anos.

Com efeito, flagrante é a inconstitucionalidade da interpretação das normas do referido diploma legal estadual, se considerar que, ante o seu sentido teleológico, poderá ser aplicada pelo Poder Concedente Estadual aos serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros por ônibus, por:

(1º) contrariar expressamente o texto constitucional — art. 245, da Constituição Estadual e art. 230, § 2º, da Carta Magna —, ultrapassando os limites impostos pelo legislador constituinte;

(2º) visar conceder gratuidade em serviços públicos prestados de forma indireta, deixando de observar o devido processo legislativo estabelecido no art. 112, § 2º, da Constituição deste Estado, notadamente sem indicação da correspondente fonte de custeio;

(3º) criar uma nova gratuidade em serviços públicos para as pessoas com idade entre 60 e 65 anos, o que equivale a legislar em matéria tarifária, sem observar a competência do Chefe do Poder Executivo;

(4º) violar princípios constitucionais referentes à ordem econômica e à proteção da propriedade privada.

Embora não houvesse sido concedida medida cautelar, suspendendo os efeitos da Lei nº 4.047/2003, houve o pronunciamento da ALERJ, que, nas suas informações, enfatizou que, como não indicou essa lei a indispensável e necessária fonte de custeio para a imaginada gratuidade, dela não se pode inferir pretexto para reduzir para 60 anos a idade aquisitiva do direito à gratuidade.

Como as Cartas Federal e Estadual limitam, com expressão literal, a gratuidade aos maiores de 65 anos, não se afigura compreensível à referida Casa Legislativa que se possa supor que uma lei ordinária tenha o condão de, em suas entrelinhas, sugerir interpretação diversa e insubmissa.

Ante essas premissas, verifica-se que, a despeito de não haver ainda pronunciamento do Órgão Especial do Tribunal de Justiça deste Estado acerca da constitucionalidade ou não da Lei nº 4.047/2003, no sentido da interpretação já mencionada, o entendimento sufragado pela ALERJ é de que beneficiárias da gratuidade são as pessoas maiores de 65 anos, nos serviços de transporte coletivo urbano e também intermunicipal.

Daí, pois, a inconstitucionalidade da possibilidade interpretativa para concessão de gratuidades, no âmbito estadual, para as pessoas entre 60 e 65 anos, nos serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros por ônibus, podendo ser considerada válida, contudo, em relação a outras incidências, tais como filas de banco, de cinema, de elevadores e outras.

Sem prejuízo desses argumentos, deve-se aduzir ainda que o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, através de acórdão publicado no dia 3 de fevereiro de 2004, declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 3.339/99 (que assegura gratuidade, dentre outras, a pessoas maiores de sessenta e cinco anos), motivo pelo qual não haveria diploma legal — salvo melhor juízo — a ser alterado pela Lei nº 4.047/ 2003.

Capítulo IV – Das Infrações Administrativas

> Art. 58. Deixar de cumprir as determinações desta Lei sobre a prioridade no atendimento do idoso:
> Pena – multa de R$500,00 (quinhentos reais) a R$1.000,00 (um mil reais) e multa civil a ser estipulada pelo juiz, conforme o dano sofrido pelo idoso.

Título VI – Dos Crimes – Capítulo II – Dos Crimes em Espécie

> Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade.
> Pena – Reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.
> § 1º Na mesma pena incorre quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo.
> § 2º A pena será aumentada de 1/3 (um terço) se a vítima se encontrar sob os cuidados ou responsabilidade do agente.

Com relação à infração administrativa, não se esclarece quem irá promover a repressão. Tudo leva a crer, contudo, que, no caso das delegatárias de transporte rodoviário de passageiros, caberá ao Poder Concedente respectivo e, na hipótese dos outros modais (trens, barcas e metrô), à Agência Reguladora, essa atribuição, no exercício da fiscalização da execução indireta dos serviços.

Sucede que, além dessa multa de natureza administrativa, prevê-se ainda uma outra multa de natureza civil, como norma em branco, a ser preenchida pelo juiz, conforme o dano sofrido.

Que juiz irá aplicar essa multa civil? Quem será seu beneficiário?

Foto: RS.GOV

Ao que tudo está a indicar, havendo dano material ou moral, ou ambos, em que são atingidos bens jurídicos do idoso, o juiz natural da causa aplicará essa multa civil, sem prejuízo da reparação do dano decorrente da responsabilidade civil do ofensor, naturalmente presentes os seus pressupostos: ato ilícito, dano, nexo causal.

É nesse diapasão que se podem conciliar as duas multas: administrativa e civil. Esta aplicada pelo juiz da causa, aquela pelo poder concedente.

Beneficiário da multa administrativa pela conduta ilícita da delegatária há de ser o poder concedente, cabendo, por outro lado, ao idoso o valor da multa civil estipulada pelo juiz, cumulada naturalmente com o valor da indenização decorrente de dano material ou moral, ou de ambos.

No plano penal, antes de se comentar o art. 96, do Estatuto, deve-se ressaltar que os crimes previstos nessa lei são de ação penal pública incondicionada, não se lhes aplicando os arts. 181 e 182 do Código Penal. Soa, nesse sentido, a norma do art. 95, desse mesmo diploma legal.

Ação pública incondicionada significa que ela é privativa do Ministério Público, a teor do art. 129, inciso I, da Constituição da República, ou seja, é o *Parquet* o titular da ação penal pública.

Como se sabe, excepcionalmente a lei pode deferir ao ofendido ou vítima o direito de agir, quando os interesses desta sobrelevam os interesses sociais, na repressão da infração então cometida. Transfere-se-lhe o *ius accusationis* na ação penal de iniciativa privada.

Por outro lado, a lei, às vezes, faz também depender a ação penal de condição suspensiva de procedibilidade: a representação do ofendido, que é a manifestação da vítima ou de seu representante legal no sentido de autorizar o Ministério Público a oferecer a denúncia. Aqui, haveria a ação pública condicionada.

Por aqui se pode aferir a relevância para o legislador infraconstitucional na tutela dos bens jurídicos do idoso, ao excluir a possibilidade de iniciativa da ação penal pela própria vítima ou de seu representante legal, cometendo-a com exclusividade ao MP.

Esse argumento se reforça com a regra estampada na parte final do art. 95, ao incluir no campo de incidência do Estatuto do Idoso, até mesmo as hipóteses que do art. 181 e do art. 182, ambos do Código Penal, *verbis*:

Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:
I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;
II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo, seja civil ou natural.

Art. 182. Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:
I – do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
II – de irmão, legítimo ou ilegítimo;
III – de tio ou sobrinho, com que o agente coabita.

Como medida de política criminal, há no primeiro caso (art. 181) imunidade absoluta nos crimes contra o patrimônio, denominada de isenção de pena, caracterizando-se pela impossibilidade de instauração de inquérito policial e muito menos de ajuizamento da ação penal em face do ofensor, por falta de interesse de agir, eis que não é possível a imposição de pena.

No segundo (art. 182), trata-se de hipótese de imunidade relativa consistente na necessidade de uma condição de procedibilidade, ou seja, de representação para a instauração de ação penal pública, nas hipóteses estabelecidas pela lei.

Pois bem, também por razão de política criminal objetivando a ampla proteção do idoso, essas duas formas de imunidades (absoluta e relativa) são inteiramente inaplicáveis se o delito for cometido contra o patrimônio do idoso, uma vez que elas se referem a esse bem jurídico por ele titulado.

De toda sorte e embora haja uma ou outra imperfeição que possa ser encontrada no texto do Estatuto, sua maior virtude, sem dúvida, é o convite à reflexão a cada um de nós acerca do tratamento ao idoso, de um tratamento ético, de agir bem no relacionamento com essas pessoas, de respeitá-las, de enfim construir uma convivência justa, fazendo com que deixem de ser solitárias e infelizes, para incluí-las no convívio social e não marginalizá-las.

Se conseguir despertar essa consciência, já terá sido um grande passo. Os outros virão depois.

O maior e mais completo jornal de economia e negócios do país, os melhores colunistas e muita informação de qualidade.

Assine o Jornal do Commercio.

Ligue 0800 0224080, ou acesse
www.jornaldocommercio.com.br

DIÁRIOS ASSOCIADOS

Jornal do Commercio
BRASIL

O PODER JUDICIÁRIO COMO ATOR DA REGULAÇÃO

RELAÇÕES INSTITUCIONAIS, CONTROLE ADEQUADO E OTIMIZAÇÃO REGULATÓRIA

Alice Voronoff
Advogada

I. Velhas e novas reflexões sobre o Estado regulador

O modelo de *Estado regulador* já não soa como novidade. No Brasil, intensificou-se a partir da década de 1990, na era das privatizações e desestatizações. Até então, prevalecia o modelo de intervenção direta do Estado na economia, seja para a prestação de serviços públicos, seja para a exploração de atividades econômicas em sentido estrito, sob a forma monopolística ou concorrencial. Foi à medida que o Poder Público se retirou da posição de fornecedor direto de bens e serviços, delegando ou devolvendo tal função à iniciativa privada, que ganharam destaque as estratégias de intervenção indireta sobre o domínio econômico, como a regulação e o fomento.

Em termos amplos — e é com essa conotação que o tema será referido ao longo do artigo —, a regulação remete à fixação de balizas para o exercício de atividades econômicas e socialmente relevantes, através de atos normativos (constitucionais, legais e infralegais) e de decisões concretas (fiscalizatórias e punitivas), capazes de garantir a conformidade da atuação dos agentes privados[1].

É natural que, para estruturar o Estado regulador, as novas funções surjam acompanhadas de mudanças no campo institucional. É nesse sentido que Gustavo Binenbojm se refere à *transição do Executivo unitário à Administração Pública policêntrica*[2], para designar a disseminação mundial de **autoridades administrativas independentes.** No Brasil, foram criadas desde 1990 dez agências federais[3], além de agências reguladoras estaduais e municipais.

Trata-se de entidades dotadas de um regime especial caracterizado: (i) pelo acúmulo de funções; e (ii) pela existência de autonomia reforçada nos planos financeiro, de pessoal, técnico-decisório e político. Modo geral, as agências possuem orçamentos e receitas próprios, quadro de pessoal apartado, não têm suas decisões submetidas a recurso hierárquico impróprio e seus diretores ocupam mandatos fixos, insuscetíveis de demissão *ad nutum*.

Desde a introdução do modelo de agências reguladoras no País, uma série de questionamentos tem ocupado a pauta de juristas e magistrados. As discussões giram em torno de indagações como: viola o princípio da separação de Poderes o acúmulo de funções executivas, normativas e judicantes? O alargado poder normativo das agências e os mandatos fixos contrariam o princípio democrático? Tratam-se, sem dúvidas, de reflexões importantes; mas que não esgotam o tema. Ao lado delas, outras perplexidades devem ser enfrentadas.

Com efeito, após cerca de vinte anos, já parece existir um consenso teórico — e prático — de que a regulação e seu aparato institucional constituem fenômeno irreversível, a despeito dos possíveis atritos teóricos com os princípios democráticos e da separação de Poderes. As perguntas que se seguem são as seguintes: no plano dos resultados, o Estado regulador tem alcançado seus objetivos? Pode, enfim, ser considerado um sucesso? Quais os critérios para uma avaliação nesses termos? Por exemplo: o enorme contingente de litígios judiciais envolvendo concessionárias de serviços telefônicos é

Foto: Rosane Naylor

um indicativo da atuação insuficiente da Agência Nacional de Telecomunicações?[4] E mais: detectada a falha, *como* solucioná-la e *quem* deve fazê-lo?

Indagações dessa natureza visam a testar a racionalidade e a eficiência dos modelos regulatórios, e, com isso, aumentar sua legitimidade. Não se trata de questionar o modelo como um todo, ou de cogitar de sua superação. A ideia é buscar o aperfeiçoamento. Mundo afora, preocupações desse tipo têm orientado organizações e governos comprometidos com a criação de **programas de melhora** — ou **otimização** — **regulatória**[5]. É o caso Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE[6], que estabeleceu princípios para o aumento da qualidade e da *performance* regulatória, além de estratégias para a criação de relatórios de impacto regulatório. Na União Europeia, as medidas de "*better regulation*" orientam os países-membros para a aplicação de ferramentas de otimização regulatória, como a desburocratização e a redução de custos administrativos[7].

O tema é, sem dúvida, riquíssimo. Para os fins deste artigo, propõe-se análise mais específica, focada na relação entre as agências e o Poder Judiciário. Demonstrar-se-á, em um primeiro momento, que **o Judiciário**, ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo, **é um ator da regulação**. Isso fica claro, *e.g.*, na relação entre os Tribunais e agências reguladoras norte-americanos, baseados na doutrina da *hard look review*.

Assentada tal premissa, poder-se-ia conjecturar que a interferência do Poder Judiciário sobre as agências é sempre positiva, no sentido de *otimizar* a atividade regulatória. A *ratio* seria de que, quanto maior a *accountability*[8], maior a fidelidade dos reguladores aos objetivos públicos e à sua implementação eficiente. Ou seja, maiores as chances de a regulação dar certo.

No presente artigo, contudo, busca-se chamar a atenção para o outro lado da moeda. Com efeito, se um controle adequado pode gerar incentivos para melhorar a qualidade da regulação, não é menos verdade que um controle equivocado tende a comprometê-la. Interações institucionais mal equacionadas podem esvaziar as potencialidades da regulação. Nesses casos, a revisão judicial inclinar-se-á a agravar, ao invés de corrigir, problemas regulatórios. Cabe aos intérpretes e aplicadores do Direito uma permanente avaliação de tais interações, visando às necessárias correções de rumo. E é justamente nessa direção que aponta o presente estudo.

II. O Poder Judiciário é um ator da regulação. A doutrina da *hard look review*

Com vistas a demonstrar como, de fato, as decisões judiciais interferem na *performance* das estratégias regulatórias, vale estudar a doutrina da *hard look review,* desenvolvida pela jurisprudência norte-americana.

O modelo de agências reguladoras nos Estados Unidos difundiu-se a partir do *New Deal*, na década de 1930. No pacote de combate à crise idealizado pelo governo Roosevelt, incluiu-se o redesenho institucional da Administração Pública. A estratégia adotada foi a criação de entidades especializadas, apolíticas e

autônomas, capazes de prover soluções técnicas para as políticas públicas federais, e, ao mesmo tempo, garantir a neutralidade política necessária para a implementação dos novos programas[9]. Ademais, as agências foram concebidas para prover soluções rápidas e eficientes às diversas demandas sociais.

Referida fórmula institucional foi objeto de grande otimismo nas primeiras décadas do *New Deal*, com reflexo no Poder Judiciário. Não por outra razão, prevaleceu entre os magistrados, nessa época, uma tendência de autocontenção quanto ao controle das decisões regulatórias[10].

Note-se que, em 1946, foi editado nos Estados Unidos o *Administrative Procedure Act* – APA, primeira lei a estabelecer regras de procedimento e parâmetros formais e substantivos de controle da atividade regulatória. Dentre tais normas, fixou-se o dever de o Poder Judiciário anular atos das agências considerados arbitrários, caprichosos, abusivos ou de qualquer outra forma contrários ao Direito[11]. Apesar do rigor da novel legislação, seus mandamentos foram num primeiro momento "flexibilizados", prevalecendo a postura de deferência das Cortes em relação às agências[12].

À medida, contudo, que as *falhas da regulação* começaram a transparecer, tornou-se evidente a necessidade de um controle mais incisivo da atuação das agências. A desconfiança na prometida neutralidade e o risco de captura dos reguladores pelos agentes privados já não mais se compadeciam com uma postura de *self-restraint* pelos juízes. Ao contrário, passou-se a reconhecer no Judiciário um ator fundamental para o sucesso do Estado regulador, capaz de garantir o cumprimento das diretrizes estabelecidas na lei e a fidelidade dos reguladores ao interesse público.

Foi justamente no embalo de tais transformações que se desenvolveu, a partir da década de 1960, a *hard look review* (ou *hard look doctrine*), associada a uma posição mais agressiva do Poder Judiciário em matéria de controle das agências. Reinterpretando o APA — sobretudo a vedação à atuação arbitrária e caprichosa das agências —, os Tribunais assentaram rígidos parâmetros tanto *procedimentais* como *substantivos* para a validade dos atos regulatórios. Atualmente, a principal referência para se compreender a *hard look doctrine* remonta à decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*[13], proferida em 1983.

Neste precedente, questionou-se a validade de ato da *National Highway Traffic Safety Administration* – NHTSA, editado durante a administração Reagan, o qual revogara o regulamento sobre equipamentos de segurança em automóveis datado da administração Carter. O regulamento exigia a instalação de cintos de segurança automáticos ou *airbags* em automóveis fabricados após setembro de 1982, visando a proteger motoristas e passageiros em caso de colisões. Segundo a agência, o modelo regulatório adotado não mais permitiria supor, como anteriormente, um incremento da segurança dos ocupantes de veículos. Quando da edição da norma, em 1977, estimou-se que *airbags* seriam instalados em cerca de 60% dos carros, e cintos de segurança em cerca de 40% dos veículos. Em 1981, contudo, constatou-se que os fabricantes optaram pelos cintos de segurança em 99% dos casos, razão pela qual o potencial de salvamento de vidas associado ao uso dos *airbags* não se teria realizado. Ademais, segundo a NHTSA, a esmagadora maioria dos cintos automáticos planejados pelos fabricantes poderia ser facilmente destacada e mantida nessa condição, inviabilizando os objetivos da regulação e gerando custos injustificáveis[14].

Tanto a Corte de Apelações quanto a Suprema Corte dos Estados Unidos consideraram a revogação arbitrária e caprichosa. Em primeiro lugar, entendeu-se que a agência falhou por não considerar como alternativa plausível a instalação obrigatória apenas de *airbags*, o que seria uma resposta lógica aos problemas detectados nos cintos automáticos. Em segundo lugar, entendeu a Suprema Corte que a decisão da agência foi tomada de modo açodado. Não haveria evidências empíricas suficientes capazes de justificar o entendimento da NHTSA de que os cintos automáticos, apesar de destacáveis, não aumentariam o percentual de uso. Por fim, a agência teria falhado em explicar por que não considerou a imposição de cintos não destacáveis ("*undetachable*"). Ao fazê-lo, teria deixado de oferecer a conexão racional entre os fatos e a decisão, tal como exigido pelo APA[15].

Como se vê, trata-se de um controle do tipo *forte* realizado pelo Poder Judiciário norte-americano, de viés tanto *procedimental* quanto *material*. Nesse sentido, a *hard look review* pode ser vista como uma resposta legítima (e almejada) do Poder Judiciário à ampla delegação de poderes discricionários às agências. Uma garantia contra o exercício incontrolado da discricionariedade, que serve para reduzir a influência de facções sobre o Governo. Sob tal perspectiva, constitui um artifício saudável no sistema de freios e contrapesos, capaz de aprimorar a qualidade da regulação.

Além disso, o controle judicial mais exigente é um incentivo para a democratização dos procedimentos administrativos, eis que a agência, ciente das exigências impostas pelo Judiciário, é estimulada a adotar medidas que promovam a participação social. Isso tende a produzir resultados mais legítimos e eficientes, já que o regulador, *ex ante*, toma conhecimento de diversas perspectivas sobre o problema e é desde logo obrigado a enfrentá-las. Da mesma forma, exigências procedimentais mais rigorosas, como o enfrentamento de todas as alternativas plausíveis, evitariam (ou diminuiriam) os riscos de modelos mal formulados.

Apesar dos benefícios, não são poucas as críticas que têm sido formuladas à doutrina da *hard look review*. Uma primeira grande crítica tem a ver com os altíssimos **custos decisórios** criados pelo Poder Judiciário e que impactam a atividade das agências. O raciocínio é simples: quanto mais rigorosas as exigências traçadas pelos Tribunais, maior o incentivo para que os reguladores se acomodem com o *status quo*, deixando de atender às demandas sociais[16].

Outro questionamento diz respeito à real capacidade de a *hard look* diminuir o risco de decisões regulatórias ruins. Considerando-se que as análises feitas pelas agências são, em regra, extremamente técnicas, como poderiam os juízes avaliar a razoabilidade dos modelos adotados? O problema é de índole

institucional. Magistrados não são treinados para avaliar números, estatísticas, probabilidades e outras complexidades técnicas. Por certo, podem se valer de peritos e assessores judiciais, mas isso dificilmente reproduzirá o ambiente especializado em que são (ou deveriam ser) tomadas as decisões nas agências.

Ainda sobre o tema, interessante crítica foi desenvolvida por Cass Sunstein e Thomas Miles em artigo intitulado "The Real World of Arbitrariness Review"[17]. Os autores analisaram as decisões judiciais proferidas entre 1996 e 2006 envolvendo decisões da *Environmental Protection Agency – EPA* e da *National Labor Relations Boar – NLRB*. O escopo era medir a influência da ideologia política nas decisões judiciais — o que, nos Estados Unidos, é um risco mais evidente do que no Brasil, considerando-se que os magistrados não são concursados, mas indicados por autoridades políticas. Em síntese, concluíram os autores que os compromissos políticos influenciam significativamente a aplicação da *hard look review* no controle dos atos da EPA e da NLRB.

Cada uma de tais críticas representa riscos que a *hard look review* cria para o bom funcionamento do Estado regulador. Mais do que isso, elas demonstram o quanto o Poder Judiciário influencia o êxito ou o fracasso dos processos regulatórios. Em outras palavras: **o Judiciário é um ator da regulação**, e isso precisa ser devidamente considerado quando se pensa em otimização regulatória. O controle judicial tanto pode contribuir para melhorar, como para piorar a qualidade da regulação. Em relação ao contexto norte-americano, é possível afirmar que a *hard look* otimiza a regulação ao criar incentivos para que as agências priorizem a transparência, racionalidade e participação social nos processos de produção da norma regulatória; mas dá ensejo a problemas de ossificação e de ineficiência na aplicação da norma regulatória.

III. E no Brasil? Uma reflexão sobre o tema do procedimento nas agências

No Brasil, onde a experiência com o Estado regulador é deveras mais recente, não é possível extrair tendências tão sólidas sobre a relação entre Poder Judiciário e as agências. Mas isso não quer dizer sejam desimportantes as decisões judiciais sobre a matéria. Pelo contrário. É fundamental estudar os impactos do controle judicial na elaboração e implementação de programas regulatórios. É dizer: análises comprometidas com as *interações institucionais*, com vistas à elaboração de parâmetros voltados a otimizar a regulação no País. Afinal, como se demonstrou, juízes têm papel relevante no ritmo e na qualidade da produção regulatória. O atual cenário da regulação brasileira é também resultado da atuação dos Tribunais. Resta descobrir em que medida.

Um tema relevante que merece atenção diz respeito ao controle dos *procedimentos* no âmbito das agências reguladoras, especialmente quanto à realização de consultas e audiências públicas. Com efeito, a abertura dos procedimentos decisórios à participação da sociedade, bem como sua transparência, são diretrizes importantes para a otimização regulatória. A supressão ou insuficiência de tais canais, como aponta Sunstein[18], constitui falha regulatória. A razão é simples: trata-se de medidas fundamentais para viabilizar a *accountability*, e, com isso, o atendimento eficiente das prioridades públicas. Ademais, as contribuições oferecidas pelos interessados podem suprir carências de informação dos reguladores e tornar a regulação mais efetiva.

> Uma **garantia contra** o **exercício** incontrolado da **discricionariedade**, que serve para **reduzir a influência** de **facções** sobre o **Governo**. Sob tal **perspectiva,** constitui um **artifício saudável** no sistema de **freios** e **contrapesos**, capaz de **aprimorar** a **qualidade da regulação.**

Esse é um campo, portanto, em que a interação Poder Judiciário-agências pode produzir resultados positivos. Nas hipóteses em que a lei contemplar previsão cogente quanto à prévia realização de consulta e/ou audiência pública, caberá ao Judiciário zelar por sua observância. Mas não deve parar por aí. Mesmo quando não exista previsão impositiva na lei de criação da agência, o dever de democratização do procedimento se extrai diretamente da Constituição (art. 1º). Ele deve servir, pois, como parâmetro *preferencial* para a atuação da agência.

Nesses casos, caberá aos juízes cobrar dos administradores a observância do devido processo legal na produção das normas e decisões regulatórias, sobretudo nas de maior impacto. Isso passa pelo dever de prévia realização de audiência e consultas públicas — exigível, repita-se, independentemente de previsão legal específica. Excepcionalmente, quando a abertura do procedimento se revelar desproporcional ou inviável, ainda assim não estará "livre" o regulador para dispensá-la. Caberá ao mesmo justificar sua decisão. A motivação, aqui, servirá de condição de validade do ato administrativo, como decorrência dos princípios republicanos e da publicidade.

Ou seja: uma atuação firme do Poder Judiciário, que cobre das agências a devida abertura e racionalização de seus procedimentos, servirá à otimização regulatória, pela via da democratização e da *accountability*. De outro lado, uma atuação inadequada poderá contribuir para agravar falhas regulatórias.

É o que se pode esperar, *e.g.,* caso o Poder Judiciário, ressuscitando o dogma da discricionariedade, adote postura de total deferência às agências. Em outras palavras: limite-se a afirmar que a decisão pela realização ou não de audiências/consultas públicas insere-se no mérito administrativo. O incentivo institucional, assim concebido, seria francamente negativo. Tratar-se-ia, a rigor, de um estímulo à arbitrariedade e ao obscurantismo.

Em suma, um controle judicial adequado pode servir de estímulo à abertura e transparência dos procedimentos nas agências. Não se defende seja adotado, no Brasil, parâmetro idêntico ao da *hard look review*, quer em razão das peculiaridades da dinâmica institucional no País, quer dos efeitos colaterais também negativos que a doutrina tem produzido. Mas o exemplo norte-americano comprova que o Judiciário pode (i) criar incentivos para que os reguladores adotem procedimentos abertos e transparentes; e (ii) despertar na sociedade o interesse pela participação nos processos regulatórios, tanto em razão dos efeitos pedagógicos das decisões judiciais, como da crença na seriedade dos procedimentos regulatórios.

Uma nota final: tradicionalmente, enxerga-se o Poder Judiciário como uma instância *estática* de revisão da legalidade dos atos administrativos. Tal compreensão despreza os efeitos prático-institucionais gerados pelas decisões judiciais. Uma abordagem *dinâmica* tem o condão de conferir contornos diferentes a esta relação. Sob a ótica das interações institucionais, o Poder Judiciário pode funcionar como importante fonte de incentivos para o robustecimento da *accountability* dos demais Poderes. Assim o fará, *e.g.*, se contribuir para tornar mais transparente e democrática a atividade regulatória levada a cabo pelo Poder Executivo. A aposta deste artigo é de que o Poder Judiciário sob tal perspectiva tem o efeito positivo de elevá-lo a co-autor da regulação, e, nessa medida, agente relevante dos estudos sobre otimização regulatória.

NOTAS

[1] Na definição de Alexandre dos Santos Aragão, a regulação constitui o "conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis" ("Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico". Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 37).

[2] BINENBOJM, Gustavo. *"Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização"*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. pp. 243/305.

3 São elas: ANEEL, ANATEL, ANP, ANVISA, ANS, ANA, ANTAQ, ANCINE e ANAC. Além destas, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, através da Lei nº 10.411/2002, teve sua autonomia reforçada.

[4] Para uma estatística das empresas mais acionadas nos juizados especiais cíveis do Estado do Rio de Janeiro, v. a lista disponibilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, disponível em: <http://srv85.tjrj.jus.br/maisAcionadas/inicio.do>. Em janeiro de 2010, e.g., a Light Serviços de Eletricidade S.A. e a Telemar Norte Leste S/A (OI - Telefonia Fixa) foram as empresas mais acionadas, com 2.032 e 1991 processos respectivamente.

[5] Os programas de melhora regulatória são "um instrumento de política pública fundamental, pela imposição, à Administração, de um conjunto de disciplinas que buscam, de maneira sistemática, melhorar a qualidade e a eficiência da regulação. Tais programas estabelecem mecanismos de supervisão e transparência contínua sobre o processo de elaboração regulatória e sobre a regulação, de maneira geral, com o propósito de, sistematicamente, controlar sua elaboração, avaliar seus resultados e tornar explícitos os seus custos e também seus efeitos para os diferentes grupos sociais" (ALBUQUERQUE, Kélvia Frota de. "A retomada da reforma/melhora regulatória no Brasil: um passo fundamental para o crescimento econômico sustentado", disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/documento_trabalho/2006-1?set_language=pt-br>).

[6] V. <http://www.oecd.org/home/0,2987,en_2649_201185_1_1_1_1_1,00.html> .

[7] V. <http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/br_what_en.htm>.

[8] De acordo com Mariana Mota Prado, "[o] termo accountability refere-se à ligação entre o resultado de políticas implementadas por um governo democraticamente eleito e as sanções que os eleitores impõem a esse mesmo governo". In "Accountability Mismatch: as agências reguladoras independentes e o governo Lula", in "Agências reguladoras e democracia", coord. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2006. p. 225.

[9] V. SUNSTEIN, Cass R. "O Constitucionalismo após o The New Deal", *in "Regulação Econômica e Democracia"*. MATTOS, Paulo (coord.), Ed. 34. p. 146.

[10] V. STRAUSS, Peter. "From Expertise to Politics: the Transformation of American Rulemaking", in 31 Wake Forest L. Rev. 745.

[11] 5 U.S.C. § 706 (2) (A). *In verbis: "The reviewing court shall - (...) (2) hold unlawful and set aside agency action, findings, and conclusions found to be - (A) arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law".*

[12] V. "Rationalizing review after hard look the fact", 122 Harv. L. Rev. (2009), p. 1911. Disponível em: <http://www.harvardlawreview.org/issues/122/may09/notes/rationalizing_hard_look_review.pdf>.

[13] 463 U.S. 29 (1983).

[14] V. BREYER, Stephen G. ... [et al.], *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases,* 6ª ed., pp. 368/374; e SUNSTEIN, Cass R., "O constitucionalismo após o The New Deal", in "Regulação econômica e democracia", Paulo Mattos (coord.). São Paulo: Ed., 34, 2004. p. 168.

[15] Em célebre passagem do julgado, que resume os parâmetros para a aplicação da hard look doctrine, afirmou o Justice White, porta-voz do entendimento vencedor, que: "(...) an agency rule would be arbitrary and capricious if the agency has relied on factors which Congress has not intended it to consider, entirely failed to consider an important aspect of the problem, offered an explanation for its decision that runs counter to the evidence before the agency, or is so implausible that it could not be ascribed to a difference in view or the product of agency expertise'".

[16] Em *Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Comission – FPC , e.g.,* os custos relacionados a um controle judicial estrito chegaram a inviabilizar a implantação de uma hidroelétrica que atenderia a interesses coletivos. O Judiciário entendeu que, na hipótese, a FPC havia impropriamente concedido licença para a realização do projeto, e devolveu a questão à agência, para novas diligências. 5 anos, 100 audiências públicas, 675 exibições e 19.000 páginas de arquivos depois, a Corte ratificou a licença original. A essa altura, contudo, já era tarde demais para a construção do empreendimento. V. 354 F.2d 608 (ed Cir. 1965).

[17] SUNSTEIN, Cass R., MILES, Thomas J. "The Real World of Arbitrariness Review", disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1028872>.

[18] V. SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution: reconceiving the regulatory state*, Harvard University Press, 1993.

CONGRESSO

ACADEMIA INTERNACIONAL DE DIREITO E ECONOMIA

Convida para o Congresso

A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NA VISÃO EMPRESARIAL: CUSTOS E BENEFÍCIOS

Coordenadores:
Ives Gandra e Ney Prado

Justificativa

A Consolidação das Leis do Trabalho foi recebida em 1943 com ufanismo pelas elites políticas e ungida pela confiança popular, com fundamento na mística do dirigismo estatal e, em conseqüência, do garantismo legal nas relações entre capital e trabalho.

Mas, como a toda obra humana o tempo não poupa, hoje há um consenso de que, não obstante suas inegáveis virtudes, a legislação brasileira em muitos aspectos envelheceu. Por decorrência, presenciamos um desejo crescente de modernizá-la.

Até agora, o debate sobre a Reforma Trabalhista vem preponderantemente dando ênfase aos aspectos jurídicos. Todavia, para que ela seja completa e orientada pela viabilidade, impõe-se que a problemática seja abordada também à luz das experiências vividas pelas empresas em seus respectivos setores de atividade.

Objetivos

• Propiciar um debate amplo e objetivo sobre os aspectos positivos e negativos da problemática laboral, tomando-se como base a seguinte indagação: A legislação e as instituições trabalhistas vigentes ajudam, dificultam ou impedem o desenvolvimento das empresas e a criação de empregos? Em que grau e de que forma?

• Auscultar a opinião de destacados interlocutores sobre casos concretos vividos no âmbito de suas respectivas atividades.

• Apresentar à sociedade e aos nossos dirigentes eleitos em outubro próximo um diagnóstico realista, acompanhado de propostas viáveis, que possam servir como subsídio à inadiável modernização do atual modelo trabalhista.

TEMAS

"A Legislação do trabalho ajuda , dificulta ou impede o desenvolvimento das empresas e a criação de empregos ?"
"A Legislação Trabalhista e seus reflexos na indústria"
"A Legislação Trabalhista e seus reflexos no com ércio de bens e serviços "
"A Legislação Trabalhista e seus reflexos nas instituiç ões financeiras "
"A Legislação Trabalhista e seus reflexos nos órgãos de comunicação"
"A Legislação Trabalhista e seus reflexos no agronegócio"
"A Legislação Trabalhista e seus reflexos na micro e pe quena empresa "
"A Legislação Trabalhista e seus reflexos nas entidades sem fins lucrativos "
"A Legislação Trabalhista e seus reflexos na advocacia empresarial "
"A Reforma Trabalhista possível"

DATA E LOCAL

13 e 14 de setembro de 2010
Local: Espaço Sociocultural CIEE de São Paulo
Endereço: Rua Tabapuã, 445 - Itaim Bibi - São Paulo/SP

COMO PARTICIPAR

Inscrições gratuitas e obrigatórias
Informações através do site:
www.aide.org.br

Apoio Institucional

AASP Associação dos Advogados de São Paulo
iiCS Instituto Internacional de Ciências Sociais
OABSP
CIEE Centro de Integração Empresa-Escola
Academia Nacional de Direito do Trabalho
IASP

Realização

Academia Internacional de Direito e Economia
Site: www.aide.org.br
E-mail: aide@aide.org.br

Organização

Instituto Interpolis LTDA
E-mail: interpolis@interpolis.com.br

INICIATIVA DO PODER JUDICIÁRIO GAÚCHO ESTIMULA A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

Entrevista: Carlos Eduardo Richinitti, juiz do TJERS e idealizador do projeto "Doar é Legal"

Foto: Arquivo Pessoal

Juiz de Direito Carlos Eduardo Richinitti

Atualmente, a legislação brasileira determina que apenas os familiares de um indivíduo decidam sobre a doação de seus órgãos, independente de sua manifestação. Muitas pessoas não demonstram o desejo em vida e, por isso, os parentes acabam optando por não doar, principalmente devido aos mitos que envolvem o tema. Segundo pesquisa da Aliança Brasileira pela Doação de Órgãos e Tecidos, 64% dos brasileiros doariam seus órgãos após a morte, mas somente 39% conversaram com suas famílias sobre tal vontade. Enquanto isso, o tempo de espera das filas de transplantes aumenta. Pensando nisso, o juiz Carlos Eduardo Richinitti começou a quebrar preconceitos, motivando a manifestação concreta dos doadores, através da criação da campanha "Doar é Legal", que consiste no preenchimento eletrônico de uma certidão, sem fins jurídicos, por parte do doador de órgãos, a ser distribuída a familiares e amigos.

Até agora, já foram emitidas cerca de 5 mil certidões. Com o sucesso, em junho deste ano, o projeto ganhou dimensão nacional. Durante a sessão comemorativa dos 5 anos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJERS), desembargador Léo Lima, assinou um acordo de cooperação técnica para estimular a implantação da campanha em todo o país. Desde então, a coordenação nacional do "Doar é Legal" ficou a cargo do Conselho. O TJERS, por sua vez, tornou-se responsável por compartilhar recursos tecnológicos, material e pessoal, para a execução da campanha. À Revista Justiça & Cidadania, Carlos Eduardo Richinitti, que é doador manifesto de órgãos desde 1980, revelou detalhes do sucesso da iniciativa e falou das expectativas em relação a essa nova fase do projeto.

Revista Justiça & Cidadania – Como surgiu a ideia de criar uma campanha para estimular a doação de órgãos?

Carlos Eduardo Richinitti – Em maio de 2009, quando eu ainda estava na direção do Fórum Central de Porto Alegre (RS), para aproveitar o grande potencial de circulação de pessoas, de 10 a 15 mil por dia, realizamos juntamente com outras entidades, como a OAB, uma campanha de doação de órgãos. No mês de maio, ficamos uma semana como voluntários. A pessoa que pretendia manifestar a intenção de ser doador de órgãos recebia uma certidão, dando conta deste ato. Nesse período, expedimos em torno de 1,5 mil certidões. Em seguida, replicamos a campanha "Doar é Legal" em outras comarcas do Estado, e por isso emitimos quase 2 mil certidões no ano de 2009. Em janeiro de 2010, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acabou institucionalizando o projeto, lançando em sua página da internet um pequeno banner, onde as pessoas de todo Brasil podem, de uma forma bem simples, manifestar sua intenção de serem doadoras de órgãos e, ao receber a certidão, optar por imprimi-la ou remetê-la a amigos e familiares, para que tenham conhecimento da intenção em ser um doador de órgãos.

JC – Como as pessoas devem fazer para preencher a certidão?

CER – Devem acessar o site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (www.tjrs.jus.br), no qual existe um link de fácil visualização. As pessoas clicam e manifestam sua intenção de serem doadoras da seguinte forma: basta colocar o nome, o CPF e dizer que deseja gerar a certidão. Logo em seguida, é possível imprimir, assinar e entregar, ou então remeter via e-mail para familiares e amigos.

JC – Quantas certidões já foram emitidas?

CER – Desde o início da campanha, já expedimos em torno de 5 mil certidões.

JC – O senhor é doador de órgãos?

CER – Eu sou doador de órgãos desde 1980. Tão logo começou a questão da doação de órgãos aqui no Rio Grande do Sul, já manifestei minha vontade. E o "Doar é Legal" tem sido muito interessante justamente por isso — uma forma de nós do Judiciário, com a nossa credibilidade e através da nossa linguagem, contribuirmos com a causa.

JC – A doação de órgãos no Brasil ainda é um tabu?

CER – Pela legislação vigente, quem efetivamente tem a possibilidade de fazer a doação de órgãos são os familiares. Para isso, é extremamente importante que eles, os familiares e os amigos, tenham conhecimento de que aquela pessoa tinha a intenção de ser doadora. Mostram as estatísticas e os estudos que, a partir da informação prévia, no caso da morte encefálica, um momento tão traumático como esse, a abordagem é mais facilitada, viabilizando a doação de órgãos, pois em quase 100% dos casos os parentes procuram respeitar a vontade do doador.

O assunto envolve uma série de tabus, desde a questão religiosa, daquelas pessoas que têm suas convicções e por isso deixam de doar, até aquelas que têm medo por todas as coisas que são ditas, seja em relação ao tráfico de órgãos, seja por medo de um eventual atendimento não adequado. Razões que não se justificam, na medida em que há tanto sofrimento em filas de espera, nas quais pessoas ficam na expectativa de um doador, que fará a diferença entre a vida e a morte. Costumo dizer que todos nós devemos nos conscientizar, pois estar de um lado ou do outro da fila de doação de órgãos é basicamente uma questão de destino. Podemos ser o doador e, de uma hora para outra, o destino nos colocar na lista daqueles que precisam da doação de órgãos.

JC – Qual a expectativa em relação ao acordo firmado com o CNJ?

CER – Na medida em que temos todo o apoio nacional e o alcance do CNJ, a proposta é que a campanha passe a ter uma efetividade bem maior. Com as facilidades da internet, que permite uma amplitude de divulgação, sem dúvida, esta será uma significativa contribuição do Poder Judiciário nacional às questões ligadas à doação de órgãos.

JC – De que forma o CNJ vai contribuir para ampliação da campanha?

CER – As propostas ainda estão em construção, mas existe a possibilidade da divulgação, do apoio à campanha, e principalmente de uma eventual recomendação por parte do CNJ para que todos os tribunais de justiça e os tribunais federais, em todo o Brasil, coloquem em seus sites a logo do "Doar é Legal"; quando, então, as pessoas que acessarem as respectivas páginas poderão manifestar sua vontade de serem doadoras de órgãos no seu respectivo Estado.

JC – Existem outras instituições ou entidades engajadas no projeto, além do Tribunal de Justiça gaúcho e do CNJ?

CER – Temos a Secretaria de Saúde do Rio Grande do Sul, que possui o banner da campanha em seu site, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e várias outras entidades que começam a se associar, como o Procon do Rio Grande do Sul. Estamos em busca de parceiros que queiram contribuir com a causa de uma maneira bem simples: basta apenas inserir no seu site o banner do projeto. Os interessados podem entrar em contato pelo e-mail: doarelegal@tjrs.gov.br.

JC – A divulgação da campanha também será feita através das novas mídias sociais, como facebook e twitter?

CER – Ainda não chegamos a esse nível, mas são instrumentos que, a partir da coordenação do CNJ, se pensa em utilizar. O sucesso está diretamente ligado à nossa capacidade de divulgação da ideia, que é extremamente importante.

JUDICIÁRIO BRASILEIRO UNIDO PELA TRANSPARÊNCIA DAS ELEIÇÕES 2010

Com a sanção, no início de junho deste ano, da Lei da Ficha Limpa, que torna inelegíveis candidatos condenados pela Justiça, formou-se um ambiente político favorável para mobilização social em favor de um pleito mais transparente. A fim de alertar os cidadãos sobre a importância do voto consciente, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) lançaram em agosto a terceira edição da campanha Eleições Limpas, iniciada em 2006. Este ano o slogan é "Não Vendo meu Voto", tendo em vista que as instituições estão engajadas na orientação dos eleitores sobre os riscos de vender ou trocar o voto por alguma espécie de benefício.

A AMB, integrante do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), foi precursora dessa mobilização social. Em 2008, a entidade divulgou uma lista com os candidatos às eleições que respondiam a processo na Justiça. O objetivo da ação foi facilitar o acesso da população e da imprensa a informações públicas e contribuir para que as eleições daquele ano transcorressem da maneira mais transparente possível. A validação da Lei da Ficha Limpa para as eleições de 2010 provocou considerável aumento dos pedidos de impugnação de candidatos e dos recursos contra condenações nos tribunais superiores do País.

Por isso, uma das principais preocupações do TSE, com a campanha deste ano, também é explicar para os eleitores a função de cada cargo político em disputa. O conhecimento do passado daquele em quem o eleitor confiará como representante de suas demandas nos Poderes Executivo e Legislativo é fundamental, assim como das atribuições de cada mandatário. "O Brasil dentro de alguns anos será a quinta maior economia do mundo e precisamos votar com consciência em nossos representantes. Muitos não sabem o que faz um senador ou um deputado, por exemplo", disse o presidente da Corte, Ministro Ricardo Lewandowski.

Segundo o Ministro, a Lei da Ficha Limpa representa um grande avanço no processo de moralização dos costumes políticos. "Estamos aprofundando a nossa democracia e o povo brasileiro está aprendendo a votar. Essa campanha tem uma importância extraordinária porque visa a fazer com que o eleitor tenha consciência. Pedimos aos eleitores para que conheçam as ideias e os planos de seus candidatos e o que cada um fará no cargo ao qual disputa", afirmou o Presidente do TSE.

A iniciativa da AMB e do TSE foi elogiada pelo cientista político da Universidade de Brasília (UnB), Ricardo Caldas, que participou do debate de lançamento da campanha e anunciou uma estatística alarmante: de 15 a 20% dos eleitores vendem os votos no País. Para ele, todos os setores da sociedade devem se empenhar no fortalecimento da democracia através da fiscalização, com objetivo de obter maior lisura no pleito.

"Os números de pessoas que afirmam que vendem o voto são conservadores, pois nem todas admitem que contribuem com a prática. Por isso, é fundamental que um segmento tão importante da sociedade como a Magistratura coopere para a preservação da democracia. Pois, à medida que eles garantem a condução do processo eleitoral, a sociedade está tendo acesso às informações que auxiliarão na escolha correta do voto", explicou Caldas.

Na opinião do jornalista e comentarista político, Alexandre Garcia, o principal motivo da venda de votos também é a falta de informação do eleitor. O âncora de programas da TV Globo e da Globo News apresentou o lançamento da campanha Eleições Limpas 2010. Segundo ele, a conscientização dos cidadãos é

Foto: sxc.hu

fundamental para o futuro político do País e a campanha ajudará os brasileiros a perceberem o poder do voto para o exercício pleno da cidadania. "O eleitor sustenta todos os políticos, com seus impostos diretos e indiretos, e os nomeia pelo voto, ele tem que exercer esse poder não apenas no dia do voto, mas também depois, fiscalizando os que forem eleitos", afirmou.

A campanha "Eleições Limpas – Não Vendo meu Voto", dispõe de um material institucional produzido para orientar o eleitor, que poderá fazer o *download* do conteúdo através do *hotsite* www.amb.com.br/eleicoeslimpas2010. A finalidade é auxiliar o votante na escolha adequada dos candidatos, ao estimular a busca por informações sobre cada um deles, além de informar sobre as principais novidades destas eleições, como o voto em trânsito e a necessidade de comparecimento às urnas portando título de eleitor e documento com foto.

A Cartilha do Eleitor também ensina como denunciar atos de corrupção, como a compra de votos, uso eleitoral da máquina pública, utilização do dinheiro público para pagamento de despesas de campanha ou a tentativa de influenciar o voto do eleitor no dia das eleições, a chamada "boca de urna". Já no Manual do Juiz, os magistrados encontram informações sobre os deveres do juiz eleitoral perante a sociedade, como preservar a imparcialidade, assumir postura dinâmica e estimular o estreitamento dos laços com a comunidade. A publicação também destaca a importância da aproximação da categoria com meios de comunicação, sociedade civil e candidatos.

Além de distribuir essas publicações, a campanha pretende mobilizar o Judiciário brasileiro através da realização das audiências públicas — eventos promovidos em diversas partes do País, com o apoio dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs), e nos quais a população poderá tirar dúvidas com juízes a respeito do processo eleitoral, principalmente em relação às possíveis formas de pressão sofridas pelos eleitores. No encontro, que representa uma experiência inovadora para a Justiça brasileira, os magistrados também poderão explicar todas as novas regras do pleito, como a necessidade de se ter a documentação exigida no dia da votação.

Por ocasião do 50º Encontro de Presidentes de Tribunais Regionais Eleitorais, realizado em agosto pelo TSE, para discutir temas como a logística de segurança para as eleições, o presidente da AMB, Mozart Valadares Pires, aproveitou a oportunidade para convidar a Magistratura a aderir à campanha: "Gostaria de pedir a todos os juízes eleitorais o envolvimento e a participação ativa em nossa campanha. O material elaborado — a Cartilha do Eleitor e o Manual do Juiz — está sendo enviado para todos os TREs e a campanha só vai atingir o sucesso esperado com a participação dos magistrados", destacou. Valadares salientou também que o encontro serviu de pontapé para que os juízes realizem as audiências em suas cidades.

O sucesso da campanha depende da adesão dos TREs. Por isso, a AMB solicitou a colaboração dos Estados por meio de carta enviada às assessorias de imprensa, para que as cortes regionais divulguem a proposta de transparência nas eleições 2010, inclusive com a distribuição de material publicitário para os eleitores, como cartazes, camisetas, folders, adesivos e cartilhas. Além disso, o vídeo institucional e o *spot* de rádio da campanha, veiculados nas principais mídias do país, estão também disponíveis no site, para reprodução e veiculação, e podem ser baixados por qualquer cidadão interessado em conscientizar os moradores de sua cidade sobre os riscos da venda do voto.

ENSAIO SOBRE A ÉTICA
O PODER E A EMPRESA

Leslie Amendolara
Advogado

"Chamo de Servidão Humana a impotência do homem para governar e reprimir as suas paixões: porque, sujeito às paixões, com efeito, o homem não é livre, mas depende da fortuna, sob o poder da qual está de tal modo que, muitas vezes, é forçado a fazer o pior, mesmo que veja a melhor."

"A ÉTICA", SPINOZA

I. Introdução

1 – Ética, civilização e poder

A teoria contratualista da civilização, cujo expoente máximo foi Jean Jaques Rosseau, está embasada na sua obra "O Contrato Social". O mestre suíço transmite-nos a ideia de que num dado momento o homem compreendeu que somente com um pacto social poder-se-ia pôr fim à barbárie. Cada um entregaria parte de sua liberdade a um ente neutro para o estabelecimento de uma ordem que permitisse a sobrevivência de todos, a que o professor Miguel Reale chamou de ficção de ordem lógica e ética, para se explicar o fundamento da sociedade (*in* "Filosofia do Direito", fls. 196 – Saraiva). Deduz-se, então, que não havia ordem antes da organização plena da sociedade, isto é a civilização.

O Estado, ente por excelência ético, seria então o depositário dessa parcela de liberdade que todos concordaram em entregar-lhe. Em contrapartida daria proteção aos cidadãos quando da violação do pacto, para evitar a tentativa de retorno à barbárie por membros desgarrados da sociedade, a fim de proteger a vida e a propriedade dos homens honestos. Platão, em uma de suas obras sobre as Leis, diz que "embora haja muitas coisas belas na vida humana, ninguém negaria que foi a Justiça entre os seres humanos que a todos civilizou". Existe, então, um modelo de conduta ética decorrente da dinâmica social susceptível de avaliação do que é certo ou errado com relação a um indivíduo ou à sociedade de modo absoluto. Voltemos ao mestre Reale:

> O certo é que sempre há uma norma de conduta, traçando limites obrigatórios ou facultativos de ação para indivíduos e as coletividades.

Decorrente dessas premissas põe-se a questão do poder e a ética. Quando o poder degenerou em tirania, aquele ente neutro deixou de sê-lo, e o pacto pendeu apenas para um lado. John Locke, filósofo inglês do século dezessete, considerado o pai do liberalismo, acreditava no contrato social, mas advertia: "Como o Governo é parte no Contrato, pode ser resistido (rescindido, diríamos nós) justamente por deixar de cumprir sua parte no acordo". Para reparar esse desvio, então, homens sábios procuraram fórmulas de evitar a ruptura e restabelecer o equilíbrio. Ao longo da história e o suceder de guerras e

Foto: Photoxpress

revoluções chegaram a uma fórmula que resolveria o problema. Essa fórmula foi criada por Montesquieu em sua obra seminal "O Espírito das Leis".

A solução do problema seria simples. Desde que os homens fossem sensatos, bastaria dividir os poderes dentro do Estado: as leis seriam elaboradas por uma Assembleia, que representaria a vontade do povo, outro poder as executaria (Poder Executivo) e um terceiro, o Poder Judiciário, julgaria os conflitos, inclusive das próprias leis. Esses poderes seriam independentes e harmônicos entre si. Bem ou mal aplicada, a fórmula é hoje vigente em todos os países civilizados.

O que é poder?

Gerard Brun escreveu um opúsculo com essa denominação para tentar desvendá-lo. Essa fórmula "só poderia funcionar se fosse animada por um motor dotado de uma força irresistível capaz de impedir qualquer deslize na engrenagem". Aí entra o Estado de Direito, cuja força emana da lei, acima da qual ninguém deve estar, inclusive os que compõem os três poderes. Formar-se-á, dessa maneira, um encadeamento lógico entre o Estado, o Direito e a Ética.

Ocorre, entretanto, que esse encadeamento nem sempre funcionou à perfeição, atacado, muitas vezes, pela ambição e a sensação embriagadora do poder que toma conta dos homens que o detêm. Rosseau nos ensina que "o mais forte não é nunca tão forte para ser sempre o senhor, se ele não transformar sua força no direito e a obediência num dever". E conclui: "Se for necessário obedecer pela força, não precisa obedecer por dever".

Nesse ponto dá-se, então, o encontro da Ética e do Poder com o Direito.

2 – A Ética e o Direito

Juristas e filósofos têm se debruçado ao longo dos tempos no intuito de encontrar uma teoria que explique a correlação Estado e Direito e seu suporte Ético. Del Vecchio, grande filósofo italiano do Direito, define-o como "a coordenação objetiva das ações possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético, que as determina" (grifo nosso). Miguel Reale, por sua vez, entende que todo Direito representa uma apreciação dos fatos e atos segundo uma tábua de valores que o homem deseja alcançar, tendo em vista o valor fundamental do gesto. Rudolf Von Jhering, em sua obra "A Evolução do Direito", ao analisar o que denominou de motores do movimento social, põe em relevo os motores superiores, que se movem na esfera dos fins gerais, chamando-os de motores morais ou éticos da sociedade.

O Direito, porém, precisa conter em si uma força coatora, sem a qual sua força seria inútil. Hans Kelsen, o iluminado filósofo com o qual vamos nos encontrar mais uma vez nesse estudo, destaca o aparente paradoxo entre uma instituição cujo fim é promover a justiça e essa coação que ela impõe aos homens:

> Dizer que o Direito é uma ordem coativa não significa que pertença à essência do Direito forçar (obter à

> O **componente aético**, comum a **todas as crises,** é a **ambição desmesurada**, a **ânsia incontida** de **enriquecer rápido** a todo o **custo**, não importando os **meios utilizados**, o que poderíamos chamar de **maquiavelismo econômico** ou, se quiserem, **darwinismo econômico**.

> força) a conduta prescrita pela ordem jurídica. (...) O ato da coação deve precisamente ser efetivado quando se verifique, não a conduta prescrita, mas a conduta proibida, que é contrária ao Direito. (*In* "Teoria Pura do Direito", Edit. Martins Fontes)

Verifica-se que essa coação tem que vir de um suporte ético para justificar sua aplicação à conduta proibida, encontrando-se nesse entrelaçamento o sentido mais profundo da Ética, quais sejam os valores morais e os princípios ideais da conduta humana, aplicada ao Direito.

Qual a causa final, então, do Direito? Promover a justiça. Herbert Spencer prelecionava que "a justiça deve, na sua origem, confirmar-se na sua expressão ética, através da aceitação comum" (*In* "A Justiça").

II. O Surgimento da Empresa

1 – Primórdios

Com exceção das sociedades em Comandita, já existentes na Idade Média, e das companhias de Navegação, surgidas no século XVI, fruto dos descobrimentos marítimos, como a Cia. Holandesa das Índias Orientais, em 1602, a Companhia Geral do Grão Pará e Maranhão, a Companhia do Comércio da Índia, constituída em Portugal em 1682, a empresa, como a conhecemos hoje, é fruto da revolução que se iniciou em meados do século XVIII e foi a causa remota das transformações econômicas, sociais, dos costumes, da moral e das artes dos povos, através da introdução da máquina, que, gradativamente, liberou o homem do trabalho manual das empresas rústicas do passado.

O surgimento da técnica de produção em massa, cujo exemplo mais notável foi a famosa linha de montagem de Henry Ford, no princípio do século XX, deu causa à necessidade de criar-se um meio de facilitar às pessoas a compra dos produtos que saíam das fábricas: eis o aparecimento do crédito. Antes restrito a uma pequena parcela da sociedade, espalhou-se pelo mundo como fogo em campo de feno.

A máquina, a produção em massa e o notável desenvolvimento da tecnologia industrial geraram o aparecimento do Capitalismo. De início, nos países anglo-saxônicos, impulsionados pela filosofia calvinista da ética do trabalho e da riqueza como um dom divino quando obtida legalmente. Max Weber, sociólogo e filósofo, descreveu em sua obra "A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo" essa concepção:

> O ganho de dinheiro é, na medida em que se processar dentro das formas legais na ordem econômica moderna, o resultado e a expressão da capacidade profissional, e esta capacidade é, como atualmente se pode constatar sem dificuldade, o alfa e o ômega da moral.

Foi nos Estados Unidos que o Capitalismo se desenvolveu mais amplamente já no século dezenove, com a constituição de "corporations", nos principais setores da indústria. Como destaca Eduardo Munhoz, "com o reconhecimento do regime de plena liberdade para sua constituição, a sociedade anônima (corporation, societá anonyme, societá per azioni, aktiengesellschaft) transformou-se em instrumento geral da economia privada." (*In* "Empresa Contemporânea e Direito Societário", Edit. Juarez de Oliveira).

2 – A Empresa como Pessoa Jurídica

À noção una de pessoa atribuída apenas ao indivíduo sujeito de direitos e deveres, o Capitalismo concebeu um conceito de pessoa jurídica para expressar "a corporação dos indivíduos que formam uma comunidade na medida em que subordinam sua conduta cooperante endereçada à realização de fins econômicos, políticos, religiosos, humanitários, em conformidade com a ordem estatal a uma normativa particular que regula esta conduta, e, assim, constituir a comunidade." Hans Kelsen – obra citada. Como consequência, a pessoa jurídica tornou-se também sujeito de direitos e deveres.

Várias teorias têm perquirido a natureza das Pessoas Jurídicas. Von Lhering e Savigny caracterizaram-nas como seres ideais, criados artificialmente pelo direito positivo. Trajano de Miranda Valverde coloca-se em posição contrária ao afirmar que "as pessoas jurídicas não são mera criação da lei, mas instituições que resultam do espírito do homem, atuando no meio em que sempre viveu – a sociedade." (*In* "Sociedades por Ações"). Para os seguidores dessa teoria, a lei apenas reconheceu o que o fato social já demonstrara na prática dos negócios.

As teorias institucionalistas, muito em voga até a metade do século passado, fundaram-se na supremacia interna social sobre o particular, inclusive dos sócios. Modesto Carvalhosa, ao analisar essas teorias, afirma que "o acionista passa a ser considerado como um órgão da sociedade, que, no exercício do direito de voto, deve perseguir não o próprio interesse, mas sim o da companhia ou, então, interesses da coletividade." (*In* "Comentários à Lei de Sociedade Anônima", Ed. Saraiva).

Essa discussão parece-nos hoje um tanto acadêmica, eis que, como salientamos anteriormente, o que importa analisar são os direitos e deveres inerentes à Pessoa Jurídica num ambiente globalizado de alta competição.

3 – Direitos e deveres da Pessoa Jurídica

Dentre os direitos das Pessoas Jurídicas, um em especial deve ser destacado: a personificação, que, segundo Sylvio Marcondes, "constitui a fonte geratriz de um novo sujeito de direito, capaz de ser titular de patrimônio especial, composto pelas partes separadas dos patrimônios individuais dos sócios. (*In* "Exposição de Motivos do Código Civil", citado por Eduardo Munhoz na obra já mencionada).

Por outro lado, através dos estatutos ou do contrato social, conforme se trate de sociedade anônima ou sociedade por cotas de responsabilidade limitada, a Pessoa Jurídica estabelece os direitos políticos entre os sócios, a execução de seu objeto social, a emissão de valores mobiliários (na companhia aberta), a aquisição e a venda de ativos operacionais, dentre outros.

Quanto aos deveres, eles são exercidos pelos seus representantes legais — os administradores —, em se tratando dos atos de gestão e dos acionistas controladores, através de sua posição de poder na empresa.

Examinemos quais são esses deveres à luz da Legislação Brasileira, através da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), no que tange aos Controladores. O parágrafo único do art. 116 dispõe:

> **Parágrafo Único:** O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Vê-se que o legislador pátrio incorporou no texto acima citado a teoria institucionalista da empresa.

III. As Grandes Crises dos Mercados – 1929 – 2008

> O homem é frequentemente capaz de alcançar grandes êxitos. Estes, enquanto continuam, engendram um certo entorpecimento que lhes torna impossível perceber seu próprio afastamento. Só começa a senti-lo em tempos de crise (PAPPENHEIN, Fritz. "Ação e Pensamento 3").

Não é nosso objetivo traçar as causas econômicas que ocasionaram as grandes crises de 1929 e 2008, já tantas vezes analisadas por economistas, financistas, empresários, banqueiros, mas delinear componentes aéticos que ocasionaram de sua formação.

1929

Apenas para recordar, o colapso da Bolsa, em 1929, iniciou-se com o que posteriormente convencionou-se chamar de terça-feira negra, dia 29 de outubro, embora suas sementes já estivessem plantadas pelo menos dois anos antes, segundo nos conta John Kenneth Galbraith, em sua obra "The Great Crash 1929". Sobre esse dia terrível, o grande economista disse:

Terça-feira, 29 de outubro, foi o dia mais devastador da história do mercado de ações, e possivelmente o dia mais devastador da história dos mercados. Reuniu todos os aspectos ruins de todos os dias ruins anteriores.

Narram os historiadores da época que se pensou inclusive em fechar a Bolsa para conter a sangria, o que acabou não acontecendo, após tensas reuniões dos membros da Comissão de Bolsa. Corria a piada de que os porteiros dos hotéis de Wall Street perguntavam aos hóspedes se buscavam quartos para dormir ou pular. *Galbrait* conta que "dois homens saltaram de mãos dadas de uma janela alta do luxuoso Hotel Ritz", fato verídico.

Como toda gente sabe, essa crise atingiu, talvez pela primeira vez, toda a economia mundial. No Brasil praticamente destruiu a antiga hegemonia dos barões do café e a aristocracia dela resultante. Os jornais mostravam as filas de desempregados nos Estados Unidos, para receber a sopa do dia. Esse quadro de horror só acabou de verdade por causa de outra tragédia: a guerra.

Analisemos agora quais os componentes aéticos que, sem dúvida, ajudaram a incendiar a crise.

O componente aético, comum a todas as crises, é a ambição desmesurada, a ânsia incontida de enriquecer rápido a todo o custo, não importando os meios utilizados, o que poderíamos chamar de maquiavelismo econômico ou, se quiserem, darwinismo econômico.

No ano que aconteceu o fatídico 29 de outubro de 1929, uma enorme euforia tomou conta dos mercados e só alguns perceberam que:

> Quando os preços parassem de subir — quando as reservas do pessoal que estava comprando na expectativa de aumento se esgotassem —, então a aquisição a termo se tornaria sem sentido e todo mundo querendo vender.

O mercado não se nivelaria. Cairia precipitadamente. (Galbraith – obra citada)

O fogo alimentado artificialmente (componente aético), no final, acabou combustando, inclusive os que o alimentaram, porque, ao contrário do que esperavam, não deu tempo para "cair fora". Nessa hora do salve-se quem puder acentuam-se as fraudes e até cidadãos honestos são arrastados no turbilhão, de boa ou má-fé, enredando-se nas fraudes.

2008

No que a crise de 2008 diferenciou-se daquela de 1929? Os componentes de ambição relatados acima não mudaram. Ao contrário, aperfeiçoaram-se por meio de três novos elementos: a engenhosidade matemática dos gênios criadores de produtos financeiros pouco ou nada inteligíveis, que facilitou o encobrimento das consequências futuras de suas mágicas; a tecnologia, que propiciou, em segundos, e em escala muito maior, as operações; e terceiro, não menos importante: a insensatez dos Gestores de Fundos, a incúria de diretores de algumas empresas e o afrouxamento dos órgãos regulatórios, especialmente a SEC.

Analisemos o primeiro elemento:

Confusos modelos matemáticos para medir as carteiras dos Fundos especulativos, cujos incautos pouco entendiam, eram propagados como infalíveis, anunciando ganhos contínuos.

> A **especulação**, **facilitada** pela **tecnologia**, legítima em si mesma, transforma-se em **componente aético** quando realizada com **dinheiro dos outros,** sem que eles saibam das **operações de altíssimo risco,** como **aconteceu inúmeras vezes** nesta crise.

Muitos sabiam que não era verdade, mas propagavam (componente aético). Palavras e expressões mágicas como *rating*, sustentabilidade, eram orquestradas para alimentar a euforia.

Renasceram as famosas Pirâmides Financeiras — artifício que consiste em pagar aos aplicadores altos rendimentos, com base nas aplicações novas que entram na Pirâmide. É evidente que, quando parar de entrar dinheiro novo, a Pirâmide desmorona. Nessa hora o dono já "sacou o dele", se não for pego antes. Nada mais aético do que a Pirâmide.

O segundo elemento foi a tecnologia

As Bolsas no mundo operam vinte e quatro horas por dia e, diferença fundamental com o passado, as cotações são visíveis também nesse mesmo tempo "on-line", o que permite sejam as operações realizadas o tempo todo. Nova York, Londres, Frankfurt, Paris, Milão e as bolsas asiáticas estão na telinha dos computadores, à disposição dos operadores, permitindo, no caso das empresas cotadas em diferentes pregões, arbitragens mirabolantes.

A especulação, facilitada pela tecnologia, legítima em si mesma, transforma-se em componente aético quando realizada com dinheiro dos outros, sem que eles saibam das operações de altíssimo risco, como aconteceu inúmeras vezes nesta crise. Aos escritórios de advocacia quase todos os dias ainda acorrem investidores desesperados, tentando na Justiça ressarcir-se dos prejuízos, sob a alegação de que desconheciam os riscos a que estavam sujeitos ou não foram alertados sobre eles.

O terceiro elemento foi a *conivência de muitos Gestores de Fundos, a incúria dos diretores de algumas empresas e o afrouxamento dos órgãos regulatórios* com a especulação desenfreada e altamente perigosa, fabricando lucros que lhes asseguravam o pagamento dos agora famosos *Bônus,* prêmio pelo desempenho, nas carteiras dos fundos e nas tesourarias das companhias. *Roberto Teixeira da Costa*, primeiro presidente da CVM e um dos maiores conhecedores dos meandros dos mercados, em artigo publicado no "Jornal Valor", escreveu, ainda que não generalizasse: "embora possa parecer paradoxal, uma empresa pode apresentar prejuízos — portanto operando no vermelho — e ainda assim alguns executivos e gerentes receberam remuneração." Isso é profundamente aético, dizemos nós.

"*Ubi Summus*" (Onde estamos?), diria Cícero se vivo fosse. Há o caso de uma poderosa empresa americana, à beira da falência, que pagou elevados bônus para seus executivos com o dinheiro que recebeu em auxílio do Estado.

A questão que nos propomos a discutir é a seguinte: existe uma ética global, pelo menos no mundo dos mercados financeiros e das grandes empresas, que nivela todas as formas de agir, no interesse do lucro, diante da competição sem limites?

Os rigores dos conceitos clássicos da ética dos séculos XVIII e XIX, pregados pelos filósofos iluministas e Kant, abrandaram-se diante de uma sociedade multifacetada, consumista, guiada pela internet e a televisão, que são a ponta do iceberg dessa mesma sociedade. O princípio de que tudo é permitido, se a lei deixar (e a lei nem sempre proíbe), pulsa na alma de certas pessoas e, como são elas que dirigem as empresas e formulam seus planos de conquista, a subjetividade do indivíduo se transfere para a objetividade dos negócios, dentro desse conceito frouxo da plena liberdade ou, para usar uma linguagem darwinista: a supremacia do mais forte.

IV. A Ética, a Empresa e o Espírito de nossa Época

O espírito da época

Os filósofos alemães denominaram de *Zeitgeist — O espírito da época* — a mentalidade difusa na sociedade em determinado período no tempo. O Espírito da Época comanda o Mundo. Como comparar a empresa da metade do século XIX e a das primeiras décadas do século passado com a empresa atual? Tremendos abalos sísmicos sacudiram não apenas os sistemas e a tecnologia da produção como a própria estrutura da sociedade.

Dentre eles, o mais significativo foi a globalização, que o Prof. Miguel Reale, com a lucidez que lhe é própria, analisou: "não resulta do poderio militar e mesmo da hegemonia econômica de dado povo, mas da universalização das informações graças aos processos eletrônicos como demonstra a internet; não se refere a um país ou a um rei, mas representa uma compreensão impessoal de todos para todos". (*In* "Notas sobre a globalização," Jornal O Estado de São Paulo).

Galbraith anotou, ao escrever sobre a mudança e a Sociedade Industrial:

> Setenta anos atrás, a sociedade anônima era o instrumento de seus proprietários e uma projeção de sua personalidade. O nome desses chefes — *Carnegie, Rockefeller, Harriman, Mellon, Guggenehim, Ford* — era conhecido por todo o país. Os homens que hoje dirigem as grandes companhias são desconhecidos.

Nos últimos trinta anos os mercados sofreram, sem contar o atual, muito mais profundo, pelo menos três abalos sérios, como sejam: a bolha das empresas ponto.com; a crise imobiliária no Japão, que deixou seu sistema bancário insolvente com reflexos em todo o mundo; e a crise da Rússia, que "quebrou no final de 1999".

Atos regulatórios por si só não foram suficientes para impedir que pessoas deixassem de praticar fraudes e ilícitos e de encontrar brechas para violar as normas.

Por quê?

A ética pressupõe uma conduta interior, seja da pessoa física, seja da pessoa jurídica, que, independente da norma, repugna-lhes praticar um ato contrário à sua consciência. As pessoas não roubam a carteira do seu semelhante por medo do Código Penal. Não roubam porque o ato fere sua consciência moral. As pessoas não se valem da fraqueza ou desconhecimento de alguém sobre algo para obter vantagem indevida em razão do Código Civil, mas porque sua Ética impõe-lhes o dever de não fazê-lo.

Bertrand Russel, o grande filósofo matemático inglês, põe essa questão em termos bastante práticos:

> Não cabe à Ética chegar às normas de conduta tais como "Não roubarás". Da ética espera-se que forneça uma base da qual tais regras possam ser deduzidas (*In* "Delineamento da Filosofia").

Como, entretanto, chegar a esse ideal de conduta no seio de uma sociedade plena de conflitos, ambições, desejos de acumular coisas, mesmo supérfluas? Russel imaginou uma fórmula, que seria:

> Agir de maneira a produzir desejos harmoniosos ao invés de desejos discordantes.
>
> Uma das formas de praticar essa harmonia, acrescenta Russel, é "desencorajar o desejo desmesurado de poder sobre as outras pessoas, pois esse impulso é a gênese do conflito e a antítese da harmonia".

A dialética da história demonstra que há uma espécie de pêndulo que faz oscilar a super estrutura da sociedade: os costumes, a moral, a religião e as leis. Seria esta uma utopia sempre anunciada e nunca acontecida em sua plenitude, perguntariam os céticos, críticos da natureza humana, em cuja "anima" vem plasmada a sombra primitiva do animal feroz? Rasguem os códigos penais e, em duas gerações, estaremos nas árvores novamente, dizem eles.

O ceticismo não invalida, porém, que busquemos o aprimoramento da conduta Ética. No passado a escravidão era ética e protegida pelas leis. No Direito Romano primitivo era ético que o devedor inadimplente fosse vendido como escravo para pagamento da dívida.

Ética e ambição

Alguns pregam que o progresso e o desenvolvimento não se fizeram sem ambição. Os "*Ticoon",* empreendedores que arriscam tudo num negócio, são as molas do progresso. A ambição fez a corrida do ouro desbravar o Oeste Americano; "a procura das esmeraldas transformou os Bandeirantes em plantadores de cidades, e a busca do Eldorado, a descoberta da América."

Ambição e ética não se misturam?

A Maquiavel, gênio florentino da filosofia política, devemos o conceito de que todos os meios devem ser empregados para chegar-se a um fim. Observe-se que Maquiavel não disse que todos os meios são lícitos, apenas não se preocupou em saber se são bons ou maus.

Embora suas lições tenham sentido universal e ainda hoje "O Príncipe" é livro de cabeceira de muitos políticos, não podemos deixar de localizá-lo na Itália renascentista do século dezesseis (o livro foi publicado em 1513), fragmentada em principados, ducados, marquesados, baronados e algumas repúblicas, com a própria Florença sempre ameaçada por potências estrangeiras. Maquiavel queria a unificação da Itália a qualquer preço, por isso deu apoio a César Borgia, notório criminoso.

Maquiavel não tinha ambições pessoais, seu "*maquiavelismo*" era voltado para um ideal ainda que possamos discordar da forma como foi concebido.

Concluímos que, em nosso campo de estudos, a ambição é legítima, desde que perseguida com honestidade, sem lesar o próximo, como ensina o famoso preceito romano.

> *Cuique sum tribuere, alterum non laedere* (Atribuir a cada um o que é seu sem lesar o próximo)

V. Epílogo

Estudo realizado recentemente pela FIPECAFI (Fundação Instituto de pesquisa Contábeis, Atuariais e Financeiras) revelou que apenas 37% (trinta e sete por cento) das empresas listadas na BM&F Bovespa não possuem a figura de um controlador definido. O estudo informa ainda "que se for observada a relevância dessas empresas para o mercado, a participação é ainda menor". Essas empresas representam 5,2% (cinco, dois por cento) da receita das companhias em 2008 e 6% (seis por cento) do valor de mercado da Bovespa.

O que significam esses números?

Significam que 94% (noventa e quatro por cento) do valor de mercado das ações estão em poder dos controladores, demonstrando sua pouca pulverização e, de consequência, a fraqueza do acionista minoritário.

Cabe, assim, aos controladores a responsabilidade pela observância da conduta ética das empresas, porque existe uma disciplina do Poder a todo aquele que comanda, que consiste no dever de manter elevado espírito público, para dar exemplo àqueles que devem obedecê-lo.

Foto: Arquivo JC

APOLOGIA AOS EMBARGOS INFRINGENTES

Ana Tereza Basilio
Advogada

"A reflexão centrada estritamente no jurídico é sempre estéril. O Direito marcha na direção em que a sociedade caminha e anda com ela e não à frente dela."

J. J. Calmon de Passos

Renda-se justa homenagem à comissão de juristas, encarregada da elaboração do Anteprojeto, em tramite perante o Congresso nacional, que tem por objeto a reforma do Código de Processo Civil. Os ilustres processualistas forjaram proposta inovadora, criteriosa e consistente. A iniciativa merece aplausos em vários aspectos, que modernizam o processo e proporcionam a sua maior efetividade, em beneficio dos juízes, advogados e, sobretudo, dos jurisdicionados e de toda a sociedade, destinatários finais do exercício do poder jurisdicional, que a Constituição Federal atribui ao Poder Judiciário.

Algumas reflexões, entretanto, se fazem impositivas. Ninguém ousará afirmar que a redução do número de recursos, que o Código de Processo Civil de 1973 prevê, não seria medida salutar, em benefício da celeridade do processo, que a sociedade almeja e os estudiosos do direito processual esmeram-se em buscar. Como já dizia Alfredo Buzaid, autor do Código de Processo Civil em vigor, "o direito brasileiro se ressente, entre outros, de dois defeitos fundamentais: a) sob o aspecto terminológico, o emprego de uma expressão única para designar institutos diferentes; b) sob o aspecto sistemático, uma quantidade excessiva de meios de impugnar

decisões." (Anteprojeto de Código de Processo Civil, item 5 da Exposição de Motivos).

Mas a busca louvável pelo processo rápido deve ser temperada pela necessidade, ainda mais premente e de maior relevância social, de se alcançar a decisão mais adequada e mais justa à composição da lide submetida à apreciação do Estado.

Nessa perspectiva, não se justifica a extinção de recurso que proporciona o aperfeiçoamento da decisão colegiada de mérito, não unânime, proferida em segundo grau de jurisdição: os embargos infringentes.

Os embargos infringentes são recurso peculiar do direito luso-brasileiro. No direito português, os embargos surgiram como recurso oponível apenas à execução da sentença, como os atuais embargos de devedor. Posteriormente, passam a ser, também, recurso a ser oposto contra decisões judiciais ainda não transitadas em julgado. Essas duas modalidades de embargos passaram a coexistir e foram acolhidas pelo direito brasileiro.

O Código de Processo Civil de 1939 contemplava os embargos infringentes, como recurso cabível contra decisões colegiadas, proferidas por maioria de votos. Já o Anteprojeto Buzaid só previa os embargos infringentes como recurso cabível contra decisões proferidas em "causas de alçada" (art. 561). No projeto definitivo, entretanto, o recurso reapareceu, com feições semelhantes a que ostentava no código anterior.

A Lei nº 10.352, de 26.12.01, por sua vez, restringiu o cabimento dos embargos infringentes, ao atribuir nova redação, ainda em vigor, ao art. 530 do Código de Processo Civil. A partir de sua vigência, o cabimento dos embargos infringentes ficou restrito à impugnação ao acórdão não unânime, que houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. E segundo o dispositivo legal, "se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência."

Restringiu-se, pois, em deferência à ânsia de reduzir o número de recursos e proporcionar maior celeridade à conclusão do processo, o âmbito da impugnação recursal, a ser realizada através dos embargos infringentes. Com essas novas feições, os embargos infringentes, de cabimento restrito e excepcional, têm prestado relevante serviço. A decisão de segundo grau de jurisdição, não unânime, que reforma sentença de mérito, é submetida a novo julgamento, no qual os fundamentos que ensejaram o voto vencido são reexaminados.

Justifica-se o recurso, pela relevância do pronunciamento que o legislador admitiu ser, novamente, enfrentado através dele. Prestigia-se, na atualidade a decisão monocrática do juiz, porque é perante ele que as provas são produzidas e é ele que mantém maior proximidade com aspectos relevantes da lide a ser julgada. Ao reformar a sentença de mérito do juiz, o tribunal, que decidiu em contexto de divergência, certamente proferirá uma decisão mais amadurecida e estudada, se for instado, através dos embargos infringentes, a enfrentar os argumentos invocados no voto vencido. Perde-se tempo, mas se ganha qualidade e aprofundamento na apreciação da matéria litigiosa. E tudo isso em proveito do que é mais caro no processo judicial: a salvaguarda dos direitos invocados pelos jurisdicionados.

§ SANTOS SALLES
ADVOGADOS ASSOCIADOS

- Direito Tributário
- Direito Previdenciário
- Direito das Relações de Consumo
- Direito Civil
- Direito do Trabalho
- Direito Penal Empresarial
- Direito Administrativo
- Direito Internacional
- Mediação e Arbitragem
- Petróleo, Energia e Gás
- Direito das Telecomunicações

Av. Paulista, 1765 -13° andar
TEL: +55 (11) 3266-6611 - São Paulo

Rio de Janeiro - Brasília - Campinas
Belo Horizonte

www.santossalles.com.br

> Em todos os **tribunais do País,** não se vislumbra, nas **estatísticas forenses,** volume expressivo de julgamentos de **embargos infringentes.** Ao **contrário**, de **cabimento restrito,** essa modalidade recursal é infrequente e a ela não pode ser **atribuído o notório acúmulo de serviços,** que **impacta os órgãos de segundo grau.**

O mesmo fenômeno ocorre no julgamento de ações rescisórias. A procedência de ação rescisória, não é ocioso salientar, traz consequências relevantes à esfera jurídica. Através dela, como é de conhecimento geral, desconstitui-se decisão definitiva, transitada em julgado. Se a decisão nela proferida não foi unânime, é profícuo que, através de embargos infringentes, novo julgamento, no âmbito restrito da divergência, seja proferido.

Em todos os tribunais do País, não se vislumbra, nas estatísticas forenses, volume expressivo de julgamentos de embargos infringentes. Ao contrário, de cabimento restrito, essa modalidade recursal é infrequente e a ela não pode ser atribuído o notório acúmulo de serviços, que impacta os órgãos de segundo grau. Não são eles, em outras palavras, os vilões da morosidade dos processos judiciais.

E mais: os embargos infringentes prestam relevante contribuição para que a matéria em litígio seja enfrentada, de forma mais profunda pelo tribunal de segundo grau, o que evita a imediata e prematura interposição de eventuais recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e recurso extraordinário ao Supremo tribunal Federal. Melhor julgada, a causa certamente estará em mais propícias condições de ser reapreciada, no seu limitado âmbito recursal, pelos tribunais superiores.

A manutenção, no ordenamento, dos embargos infringentes também prestigia o princípio da segurança jurídica, de cariz constitucional. A mais ampla apreciação da lide, sem dúvida, contribui para o aperfeiçoamento do julgado e confere maior solidez à decisão de segundo grau de jurisdição, última instância para a qual as matérias litigiosas são integralmente devolvidas.

O processo não é fim em si mesmo. Visa a alcançar um objetivo, de grande relevância social, que é, primordialmente, o de proporcionar a solução mais adequada e justa ao conflito de interesses que através dele será dirimido. E a sua celeridade, embora seja de grande relevância, não pode se sobrepor ao seu mais grandioso propósito, não pode justificar a sumarização de ritos, em desproveito do direito fundamental do jurisdicionado de ver o seu litígio bem julgado. E não se poderá argumentar que, reapreciada a matéria controvertida, ainda que no âmbito restrito do voto vencido, o tema em litígio será melhor enfrentado, do que o foi pela decisão não unânime.

Muitos estudiosos do processo civil já chegaram a clamar pela extinção dos embargos infringentes. Celso Agricola Barbi, em seu "Comentários ao Código de Processo Civil", vol. V, 7. ed., Editora Forense, chega a reconhecer que, nas três primeiras edições de seu clássico, pronunciou-se contra a sobrevivência dos embargos infringentes. Mas o consagrado processualista, norteado pelo incomum bom senso e pela vasta experiência judicante, atenuou a sua posição, nos seguintes termos: "*De lege ferenda*, manteríamos o recurso, mas lhe restringiríamos o cabimento, excluindo-o em alguns casos, como o de divergência no julgamento de preliminar, ou em apelação interposta contra sentença meramente terminativa, e também o de haver o tribunal confirmado (embora por maioria de votos) a sentença apelada (...)". E as prudentes ponderações do mestre já foram acatadas pelo legislador, na redação que a Lei nº 10.352, de 26.12.01, atribuiu ao art. 530 do Código de Processo Civil.

O recurso de embargos de infringentes é um valioso instrumento à adequada prestação jurisdicional. E as digressões teóricas, que recomendam a sua exclusão do ordenamento, devem se curvar à realidade da vida. O processo ideal deve se curvar ao processo possível, ao processo razoável, que atenda às necessidades e expectativas de toda a sociedade.

Nesse contexto, embora louve o minucioso trabalho realizado pela comissão encarregada da reforma do Código de Processo Civil, que merece admiração e entusiásticos elogios, confio em que o Congresso Nacional não suprimirá da legislação processual os embargos infringentes, relevante instrumento, que auxilia os tribunais na sua mais elevada função, que é a de distribuir a tão desejada justiça.

BWP,
focada na parceria estratégica entre Brasil e China

A BWP opera com políticas comerciais, negociações e pesquisas de mercado, oferecendo um serviço completo com forte presença no Brasil e na China. A combinação de experiência e conhecimento, alicerces da empresa, está à disposição de nossos clientes, especialmente na consultoria estratégica com a China.

A BWP tem suas raízes na China e por isso realiza um trabalho diferenciado, elaborando projetos focados na cultura chinesa, embasados em parcerias de longo prazo, benefício mútuo e cooperação.

BWP
Projetos, Consultorias e Participações S.A.
BRASIL - CHINA

Rua da Assembléia, nº51 - 3º andar - Centro
Rio de Janeiro - RJ - CEP: 20011-001 - Brasil
Tel.: 55 21 3907-3340 - Fax: 55 21 2240-5597
bwp@bwpsa.com.br - www.bwpsa.com.br

FONTES • TARSO RIBEIRO

ADVOGADOS

- Direito Econômico e Antitruste
- Direito Regulatório / Concessões de Serviços Públicos, Transportes, Telecomunicações, Portos e Rodovias
- Parcerias Público-Privadas
- Licitações e Contratos Administrativos
- Jurisdição Constitucional
  Ações Diretas de Inconstitucionalidade, *Amicus Curiae*
- Direito Tributário
- Direito Societário
- Direito Comercial
- Direito Bancário
- Direito do Consumidor
- Direito do Trabalho e Previdência Social
- Direito Imobiliário
- Direito Ambiental
- Energia, Petróleo e Gás
- Contencioso (Cível e Comercial)
- Auditoria Legal
- Reestruturação e Recuperação Econômica de Empresas
- Mercado Asiático

- *Competition / Antitrust Law*
- *Regulation / Public Services Concessions*
  Transportation, Telecom, Ports, Highways
- *Public-Private Partnerships*
- *Bidding Procedures & Government Contracts*
- *Judicial Review*
  Direct Actions of Unconstitutionality, Amicus Curiae
- *Tax Law*
- *Corporate Law*
- *Commercial Law*
- *Banking*
- *Consumer Relations*
- *Labor Law*
- *Real Estate Law*
- *Environmental Law*
- *Energy, Oil & Gas*
- *Litigation (Commercial & Civil)*
- *Audit / Due Diligence*
- *Restructurings & Reorganizations*
- *Asian Affairs*

RIO DE JANEIRO

RUA DO MERCADO, 11 • 7º ANDAR • PRAÇA XV • CEP 20.010.120 • +55 (21) 2176.7800

RIO DE JANEIRO • SÃO PAULO • BRASÍLIA

WWW.FTR.COM.BR