

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 150 • Fevereiro 2013

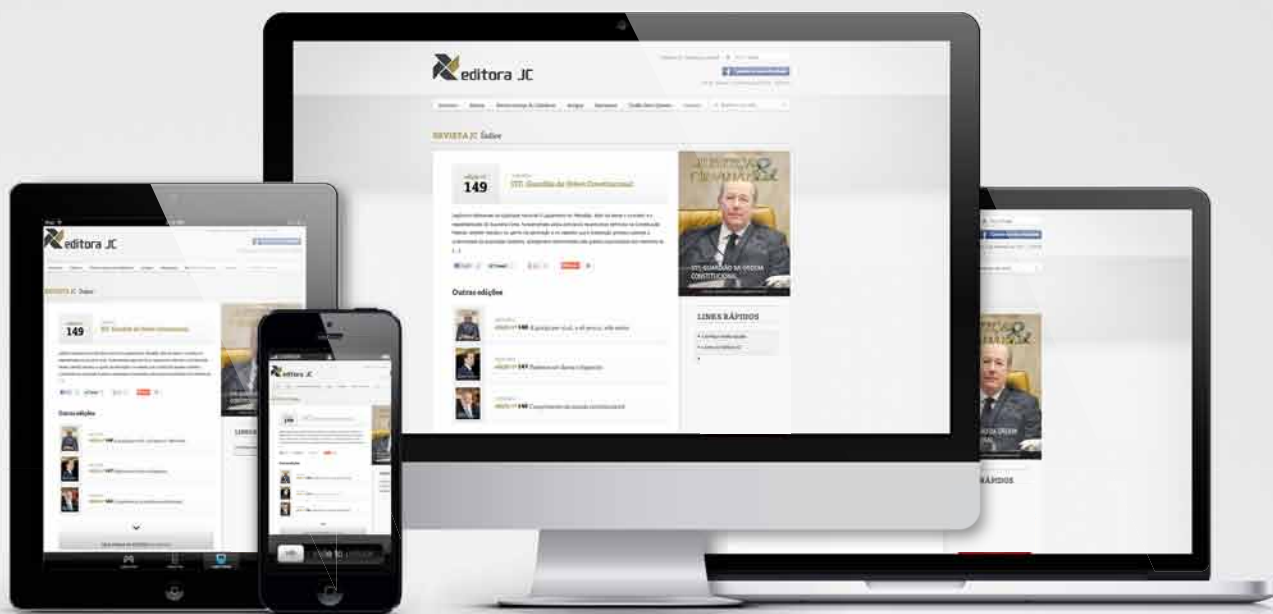


Teori Zavascki | Ministro do STF

COMPROMISSO COM A JUSTIÇA

Editorial: "Juris Esperniandi" contra o Supremo Tribunal Federal

Sempre ao seu alcance



www.editorajc.com.br

FACILIDADE . QUALIDADE . PRATICIDADE

Após um cadastro simples e rápido, você terá acesso a conteúdos exclusivos, além de outras vantagens que só os assinantes e usuários cadastrados da Revista Justiça & Cidadania possuem.



Siga-nos:



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



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

**JUSTIÇA &
CIDADANIA**

Sumário



8 Compromisso com a Justiça

- 5 Editorial: O “*Juris Esperniandi*” contra o Supremo Tribunal Federal
- 25 A reforma do Código Penal brasileiro
- 30 Fuga de local de acidente é crime? Comentário ao Art. 305 do CTB
- 32 Prefeitura do Rio dá início ao Sistema de Transporte Público Local
- 35 O sistema “*built to suit*” e a Lei nº 12.744/12
- 38 Justiça Militar, segurança pública e democracia
- 40 Incorporações imobiliárias e responsabilidade civil
- 45 Dirceu estrebucha
- 46 Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho
- 48 A súmula 277/TST e a ofensa ao princípio da legalidade
- 55 Em foco: MPF fiscaliza obras do Mundial da FIFA
- 58 O consumidor, o registro público e o financiamento de veículos
- 60 Análise de impacto regulatório: estrutura e finalidade
- 64 O exercício da democracia no PLS nº 236/12



- 14 O alcance da proteção processual ao trabalhador idoso



- 18 Faculdade de Direito da UFMG, cenáculo do Direito, sementeira de homens públicos



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

Conselho Editorial

Bernardo Cabral
Presidente

Orpheu Santos Salles
Secretário

Adilson Vieira Macabu

Henrique Nelson Calandra

André Fontes

Humberto Martins

Antonio Carlos Martins Soares

Ives Gandra Martins

Antônio Souza Prudente

José Carlos Murta Ribeiro

Ari Pargendler

José Geraldo da Fonseca

Arnaldo Esteves Lima

Lélis Marcos Teixeira

Aurélio Wander Bastos

Luis Felipe Salomão

Benedito Gonçalves

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Carlos Antônio Navega

Luís Inácio Lucena Adams

Carlos Ayres Britto

Luis Roberto Barroso

Carlos Mário Velloso

Luiz Fux

Cesar Asfor Rocha

Marco Aurélio Mello

Cláudio dell'Orto

Marcus Faver

Dalmo de Abreu Dallari

Massami Uyeda

Darci Norte Rebelo

Maurício Dinepi

Edson Carvalho Vidigal

Mauro Campbell

Eliana Calmon

Maximino Gonçalves Fontes

Ellis Hermydio Figueira

Nelson Tomaz Braga

Enrique Ricardo Lewandowski

Ney Prado

Erika Siebler Branco

Roberto Rosas

Ernane Galvêas

Sergio Cavalieri Filho

Eros Roberto Grau

Siro Darlan

Fábio de Salles Meirelles

Sylvio Capanema de Souza

Fernando Neves

Tiago Salles

Gilmar Ferreira Mendes

O “Juris Esperniandi” contra o Supremo Tribunal Federal



Foto: Sandra Fado

Os inconformados e recalcados contra as decisões e os julgamentos realizados ultimamente na alta Corte de Justiça do País, têm propiciado inúmeras manifestações, inclusive provocações de políticos e personalidades que se acham acima das leis e dos princípios que se coadunam com as instituições republicanas.

As reiteradas manifestações sobre os princípios adotados pela Revista, de defesa do Poder Judiciário e da Magistratura, nos impele a replicar aos que, escudados em altos cargos da República e entidades de classe, talvez por ignorância ou até por equívoco, se insurgem, debatem

e extravasam com palavreado insolente, irresponsável e impróprio contra a majestade do Supremo Tribunal Federal.

Os provocativos pronunciamentos feitos contra o Supremo Tribunal Federal, inclusive por alguns indivíduos já condenados, e outros seguindo a recomendação do partido para fazer coro e manifestações contra o julgamento, chegando ao deslante de desconsiderar e depreciar a atuação judicante dos ministros da suprema Corte, cujas ações e atividades resultaram nas condenações, face os quadros criminosos apontados pelo Ministério Público Federal, e acolhidos pelo Plenário do Supremo, são inqualificáveis.

O reclamo dos sentenciados e seus partidários, inconformados com as sentenças já prolatadas e conhecidas, foi merecidamente alcunhado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, na oportunidade das manifestações, como o choro de todos os delinquentes condenados ao se julgarem inocentes, conhecido nos meios jurídicos como o *juris esperniandi*.

As sobejas e robustas provas descritas de forma candente, absolutamente insofismável, descritas desde a denúncia formulada pelo então Procurador da República Antônio Fernando de Souza, foram ratificadas com veemência pelo atual Procurador Geral Roberto Gurgel, e esmiuçadas no laborioso e criterioso voto do Relator ministro Joaquim Barbosa, cujo veemente voto de desenlace pronunciado pelo decano ministro Celso Mello, consubstanciou todas as mazelas e opróbio que marcou como um ferrete os condenados pelos miseráveis crimes praticados contra a dignidade do poder público, arrostando indiretamente também aqueles que, ainda afastados do indiciamento, se encontravam acumpliciados no crime que propiciou receberem os benefícios usufruídos com o Mensalão.



O espreitar do dito chefe do Mensalão, já condenado, mas ainda livre da efetivação da pena, graças à benevolência natalina do Ministro Joaquim Barbosa, vem a público e tenta vender à opinião pública a ideia de que foi condenado sem provas e que é inocente, o que por óbvio é coerente com o dizer de todo condenado. Por oportuno e incidente sobre o assunto deste editorial, publicamos na página 45 o artigo do valoroso jornalista do “O Globo” e imortal da Academia Brasileira de Letras, Merval Pereira, “Dirceu estrebucha”.

O que causa espécie não é o fato da incabível manifestação do referido condenado, que é corriqueira e usual dos presos no mundo do crime, mas o atendimento ao pedido feito por Dirceu aos seus companheiros para protestarem em reuniões e manifestações públicas, em jantares de adesão reunindo petistas e entidades simpatizantes para demonstrar a contrariedade popular contra o resultado do julgamento no Supremo, cujos efeitos resultaram nas incríveis provocações do presidente da Câmara Federal, deputado Marco Maia, se insubordinando contra as condenações do STF, e o pior, oferecendo acoitar os deputados condenados no recinto da Câmara Federal, incorrendo, de público e abertamente, nas sanções do artigo 319 do Código Penal,

conforme adverte em seu voto o decano do Supremo Tribunal Federal, ministro Celso Mello: “A insubordinação legislativa ou executiva ao comando emergente de uma decisão judicial, não importa se é do Supremo ou de um magistrado de primeiro grau, revela-se comportamento intolerável, inaceitável e incompreensível. Qualquer autoridade pública que descumpra uma decisão desta Corte transgride a própria ordem constitucional e expõem-se aos efeitos de uma dupla e inafastável responsabilidade: a responsabilidade penal, possivelmente do artigo 319 do Código Penal, a responsabilidade político-administrativa e a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa com todas as gravíssimas consequências estabelecidas no parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição da República”.

Os resultados colhidos até agora foram pífios, como o jantar de adesão dos petistas em Brasília a favor de mensaleiros, que reuniu apenas 40 pessoas, a maioria militantes e sindicalistas, realizado por integrantes da Juventude do PT de Brasília para arrecadar recursos a fim de pagar as multas aplicadas aos petistas condenados. Para os quatro condenados do PT que não compareceram à Galeria Gaúcha, o valor das multas ultrapassa R\$ 1,84 milhão.



De parlamentares, a única presente foi a deputada Érica Kokay (PT-DF), que discursou solidarizando-se com os companheiros condenados.

Os organizadores não divulgaram quanto arrecadaram, mas o jantar revoltou vizinhos da galeria. A advogada Marília Ferreira compareceu à porta do restaurante com um cartaz que dizia: “Querem ajudar seus amigos? Dividam com eles parte da pena restritiva de liberdade”.

Não se tem conhecimento de outras manifestações petistas em atendimento à convocação de José Dirceu, o que demonstra sobejamente a unânime manifestação da sociedade a favor do julgamento do STF com a condenação dos participantes do Mensalão, o que põe por terra a tentativa das hordas petistas. Haja grande e intensa popularidade alcançada e demonstrada de público ao ministro Joaquim Barbosa.

Entretanto, e infelizmente, ocorreu um fato isolado e desabonador com a nota divulgada pelo presidente da ABI, jornalista Maurício Azêdo, no site da ABI e na página 19 da edição de dezembro do Jornal da ABI, com foto do presidente da Câmara dos Deputados, deputado Marco Maia, numa atitude absurda, descabida, prepotente e indevida por não ter sido submetida e aprovada pela Diretoria ou pelo Conselho Deliberativo da Associação.

Maurício se arroga como dono e mentor dos associados, numa atitude ditatorial e com métodos stalinistas, inconcebível como se denota e se comprova com a referida publicação: “A posição da ABI foi comunicada ao Presidente da Câmara, Deputado Marco Maia (PT-RS), no seguinte telegrama: ‘A Associação Brasileira de Imprensa congratula-se com Vossa Excelência pela vigorosa defesa das prerrogativas do Poder Legislativo, alvo neste momento de ameaças totalitárias de membros do Supremo Tribunal Federal, que querem atropelar as disposições constitucionais para cassar mandatos parlamentares, em inadmissível colisão com o artigo 55, parágrafo 2º, da Constituição da República. À frente de seus pares, resista, Presidente Marco Maia! Atenciosamente, Maurício Azêdo, Presidente da ABI.’”

O abuso e a prepotência ditatorial com que o presidente Maurício Azêdo tem dirigido e administrado a ABI, à revelia da diretoria e do Conselho Deliberativo, usando e abusando isoladamente de atitudes antidemocráticas, como a de se submeter ao chamamento de Dirceu, com o fim de desmerecer a instituição do Poder Judiciário, como prova a publicação no Jornal da ABI contra os membros do Supremo Tribunal Federal, com implícita referência aos ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio Mello, Gilmar Mendes e Celso Mello, aos quais acusa de engendrament ameaças totalitárias, torna sua atuação desmerecida pelo servilismo que se presta e se submete, com a pretensão e tentativa de conseguir atrair enganosamente seus pares para induzi-los a se integrarem ao seu grupo, para dar apoio e solidariedade aos mensaleiros condenados.

A infeliz e deplorável atitude do presidente Maurício Azêdo, com o despropósito de seu apoio aos deputados condenados no processo do Mensalão, principalmente por se arrogar do direito de usar indevidamente o nome da Associação Brasileira de Imprensa para tentar depreciar a mais alta Corte da Justiça Brasileira e os seus magistrados, reflete um desprezo inominável aos padrões de civismo e de obediência com que a ABI tem, desde a sua fundação em 1907, prestigiado e defendido as instituições republicanas.

A obediência com que Maurício Azêdo atende ao apelo e desespero dos condenados, e a insolência como destrata a instituição do Supremo Tribunal Federal, configuram uma nódoa e constitui uma felonía, face as posições republicanas e o Estado Democrático de Direito que a Associação Brasileira de Imprensa defende e prestigia.

Orpheu Santos Salles
Editor



Ministro Teori Zavascki

“Não se pode transformar os recursos em corriqueiros instrumentos de revisão das decisões dos tribunais estaduais e regionais”

Entrevista com o ministro do STF, Teori Zavascki

Teori Zavascki, o mais novo ministro a tomar posse no Supremo Tribunal Federal, falou com exclusividade à revista *Justiça & Cidadania*, abordando temas como gestão dos tribunais, a reforma do Poder Judiciário e dos Códigos legais.

Empossado em 29 de novembro do ano passado, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Teori Zavascki foi indicado pela presidente da República, Dilma Roussef, para assumir a vaga do ministro Cezar Peluso, que se aposentou compulsoriamente em agosto, quando completou 70 anos.

O catarinense, nascido em Faxinal dos Guedes, pequena cidade com cerca de onze mil habitantes, obteve o bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), onde também fez mestrado e doutorado em Direito Processual Civil. Começou a atuar na profissão um ano antes da formatura, como advogado concursado do Banco Central. De 1991 a 1995 foi juiz do Tribunal Regional Eleitoral (TRE-RS) e presidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no biênio 2001-2003.

Casado e pai de três filhos, Zavascki também atua como professor na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Conhecido por possuir um perfil

“A atividade jurisdicional não tem como essência editar atos discricionários e nem criar normas à base de juízos dessa natureza. Consiste, sim, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, que não comporta a alternativa de deixar de aplicar o direito por razões de conveniência ou oportunidade.”

discreto e técnico, o ministro é especializado em Direito Tributário, tema sobre o qual tem livros publicados. Desde 2003 até ser empossado no STF, o magistrado integrava a Primeira Turma da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Revista Justiça & Cidadania – Quais são os desafios que o novo cargo no Supremo Tribunal Federal agrega ao seu trabalho?

Teori Zavascki – O desafio que se agrega à atividade até agora exercida como juiz do STJ – também de alta responsabilidade, como o é qualquer função na magistratura – é próprio de quem integra a mais alta Corte de Justiça do País, especialmente o que decorre das atribuições que dizem respeito ao poder-dever de dar a palavra final sobre a interpretação e a aplicação das normas constitucionais e de exercer, como órgão de última instância judiciária, o controle da legitimidade jurídica dos atos administrativos e normativos emanados dos órgãos de cúpula dos demais poderes da União.

JC – A imprensa tem se referido ao senhor como um magistrado de “perfil mais técnico”. Em entrevista, o senhor também declarou que os colegas do STJ o viam como aquele que se preocupava com pequenos e mínimos detalhes, sempre os apontando nos processos. Qual o entendimento que faz do seu modo de julgar?

TZ – Vivemos, nas últimas décadas, uma realidade nova, no que se refere à natureza das demandas judiciais. Além das causas de características tipicamente individuais, fundadas em circunstâncias de fato bem diferenciadas – a demandarem exame e decisão também individualizadas e praticamente “artesanal” –, o Judiciário tem recebido uma pletera de demandas que se costuma denominar de repetitivas, porque reproduzem, em sua essência, as mesmas questões jurídicas fundadas em situações de fato semelhantes. O que se exige dos julgadores, hoje, é dar atenção às peculiaridades de casos que se situam na zona intermediária dessas duas grandes classes de demandas, a fim de não atribuir a elas um indevido tratamento padrão, o que pode gerar grandes injustiças.

JC – O Supremo Tribunal Federal é também um órgão político? Quais seriam os limites dessa atuação política?

TZ – Depende do que se entende por “atuação política”. Juízos políticos, em sentido mais comum, são juízos de conveniência e oportunidade. São juízos próprios dos órgãos do Poder Executivo, na prática dos atos chamados discricionários, e dos órgãos legislativos, quanto à eleição das áreas de interesse a serem normatizadas e aos valores que merecem sacração no

direito positivo. A atividade jurisdicional não tem como essência editar atos discricionários e nem criar normas à base de juízos dessa natureza. Consiste, sim, na interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, que não comporta a alternativa de deixar de aplicar o direito por razões de conveniência ou oportunidade. Somente as normas constitucionalmente ilegítimas e assim reconhecidas é que podem e devem ser desprezadas pelo juiz. Sob esse aspecto, portanto, o Judiciário não exerce atuação política. Todavia, as normas jurídicas são, como antes referido, produto de juízos políticos. Interpretá-las e aplicá-las pode envolver, por isso mesmo, em maior ou menor escala, a necessidade de identificar o sentido e o alcance dos valores jurídicos nelas politicamente consagrados e com base nessa identificação julgar as controvérsias judicializadas. Esse é que se pode considerar o conteúdo político da atividade jurisdicional.

JC – Qual sua opinião sobre a quantidade de Emendas que a Constituição Federal já recebeu e que estão tramitando no Congresso?

TZ – Nossa Constituição tem, como é de conhecimento geral, a característica de um diploma analítico e com disciplina de matérias das mais variadas áreas, institucional, social, política, econômica, administrativa, civil, penal, disciplinar. Essa opção do legislador constituinte traz como subproduto, quase que necessário, a indispensabilidade de uma constante atividade revisional, destinada a modificar dispositivos incompatíveis com a natural evolução dos fatos e da realidade social.

JC – Para muitas pessoas, o Judiciário é tido como um órgão moroso e há também certa desconfiança em relação à eficiência deste. No entanto, há alguns anos, especialmente depois da Emenda Constitucional nº 45, o Judiciário vem se tornando mais e mais acessível. Afinal, qual é a realidade da instituição “Justiça” no Brasil?

TZ – A morosidade do Poder Judiciário é, realmente, a sua deficiência mais visível e com toda a razão criticada, até porque a duração razoável do processo é direito constitucional dos litigantes. Tem havido um constante esforço, no plano normativo, para dotar o sistema de mecanismos de agilização da atividade judicial. Exemplo significativo são as normas editadas nos últimos tempos no sentido de dar eficácia vinculante ou, pelo menos, altamente persuasiva, às decisões dos tribunais superiores: as súmulas vinculantes, a repercussão geral nos recursos extraordinários perante o STF e o julgamento de recursos especiais repetitivos, no STJ.



Ministro do STF, Teori Zavascki

A potencial eficácia desses instrumentos ainda não foi inteiramente exaurida e, nesse ponto, cumpre a esses tribunais um papel estratégico de alta relevância que não pode ser menosprezado. De qualquer modo, é preciso registrar que há uma demora que é natural e ineliminável na solução dos litígios, já que está sujeita a processo formado em contraditório, em que se asseguram amplos meios de defesa e inúmeros recursos às partes litigantes. Não se pode deixar de reconhecer, quanto a isso, uma certa contradição no discurso de quem reclama agilidade extrema na solução dos litígios, mas não admite medidas restritivas à interposição de recursos.

JC – Qual sua opinião sobre a súmula vinculante, ela restringe a autonomia dos magistrados de 1ª instância?

TZ – As súmulas vinculantes nada mais são do que a resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal a certas questões constitucionais reiteradamente judicializadas, respostas essas que, obviamente, tem como parâmetro o ordenamento jurídico. Ora, o que restringe a autonomia do juiz é esse ordenamento, em face do qual os órgãos judiciais não têm liberdade de atendê-lo, ou não. As súmulas vinculantes, produto da interpretação dada às

normas pelo órgão com atribuição constitucional de dar a palavra final a respeito, exercem, nesse aspecto, uma importante função uniformizadora e agilizadora da atividade jurisdicional.

JC – Quais são, sob seu ponto de vista, os problemas que demandam mais ágil solução e o que pode ser feito para, por exemplo, reduzir os volumes de processos que, ano após ano, chegam aos tribunais?

TZ – Há, certamente, um vasto número de problemas decorrentes da ineficácia gerencial dos órgãos do Poder Judiciário, aferrados, muitas vezes, a práticas obsoletas que são elevadas à categoria de dogmas inamovíveis. O Conselho Nacional de Justiça exerce, nesse aspecto, um papel estratégico fundamental, tendente a identificar esses problemas, cuja solução pode ser encontrada no âmbito do próprio Judiciário, em muitos casos mediante simples mudança de padrões culturais e sem grandes dispêndios financeiros. No que se refere especificamente aos tribunais superiores, é indispensável que sejam promovidas medidas destinadas a exaurir o potencial de eficácia dos instrumentos já existentes, de modo especial no julgamento dos recursos extraordinários com



Foto: Wilson Dias/ABr

Teori Zavascki, ministro do STF

repercussão geral e dos recursos especiais repetitivos. A eficácia vinculante e expansiva desses julgamentos contribui decisivamente para a redução do número de recursos e mesmo de novas demandas judiciais.

JC – O senhor acredita ser necessário o aumento do número de magistrados nas cortes superiores?

TZ – A natureza constitucional dos recursos extraordinários (o especial, para o STJ e o extraordinário, para o STF) deve ser devidamente identificada. Não se pode transformar esses recursos em corriqueiros instrumentos de revisão das decisões dos tribunais estaduais e regionais, sob pena de não podermos superar a sobrecarga dos tribunais superiores, a não ser com um significativo aumento do número de seus juízes. A clara opção do constituinte brasileiro foi a de conferir ao STF e ao STJ, nos respectivos campos de competências, uma função uniformizadora da interpretação das normas de direito, função essa que certamente comporta mecanismos – que, aliás, já existem, mas que devem ser aprofundados, se for o caso – de filtragem dos temas que podem ser submetidos à sua apreciação.

JC – Em entrevista recente o senhor teria declarado ser “a favor do ativismo do Judiciário, quando o Legislativo

deixar lacunas”. De que maneira o senhor acredita que este princípio poderia ser aplicado na realidade atual do País?

TZ – Todos sabemos, até porque é norma do próprio Código de Processo Civil, que o juiz não pode deixar de decidir alegando lacuna ou obscuridade na lei, cabendo-lhe, nesses casos, formular solução segundo a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Trata-se de hipótese típica de intervenção judicial formulando lei para o caso concreto. Por outro lado, a Constituição de 1988 instituiu mecanismos específicos que permitem, havendo omissão do legislador, reclamar do Judiciário o preenchimento de lacunas normativas. É o caso da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.

JC – O intervencionismo judicial e o aumento da judicialização dos conflitos são a prova de que estamos vivendo um momento de casuísmo jurídico?

TZ – A intervenção do Judiciário, que não é espontânea, mas invariavelmente provocada, será legítima quando observar o ordenamento jurídico e, na sua falta, mediante a colmatação dessas lacunas pelo modo previsto nesse ordenamento. O grande número de conflitos reflete um momento da realidade nacional que não pode ser atribuída a pretensão casuísmo jurídico ilegítimo.

JC – Os números excessivos de ADINs não demonstram que existem muitos vícios na origem da Constituição Federal?

TZ – O expressivo número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade pode ser atribuído ao natural incentivo a essas ações propiciado pela Constituição de 1988, que ampliou significativamente o rol dos legitimados a propô-las e ampliou e aperfeiçoou os instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade. Não há, no meu entender, uma relação necessária entre aumento do número de ADINs ajuizadas e aumento do número de normas inconstitucionais.

JC – É verdadeiro o conceito de que não existe direito adquirido frente à Constituição Federal?

TZ – Esse é um tema jurídico com aguda divergência de opiniões doutrinárias e ainda não definitivamente resolvido pela jurisprudência. Manifestei meu ponto de vista a respeito em diversas oportunidades, especialmente em plano doutrinário, como, por exemplo, na segunda edição do meu livro “Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional”. Defendi, no capítulo 5, que, observadas as cláusulas pétreas da Constituição, são legítimas as emendas constitucionais com efeitos retroativos, que podem alcançar, eventualmente, direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisa julgada. O tema, como disse, é polêmico, mas emendas constitucionais dessa natureza já foram editadas em várias oportunidades, conforme registrei naquele mesmo estudo doutrinário.

JC – O Constitucionalismo Social, nos termos da Constituição Federal, é uma exigência ou uma utopia?

TZ – A implementação dos princípios e garantias constitucionais que consagram os chamados direitos fundamentais sociais, que envolvem prestações positivas por parte do Estado na área da saúde, da educação, da habitação, do emprego e assim por diante, é o grande desafio enfrentado no atual constitucionalismo, não só no Brasil, mas em todo o mundo. Tanto nos tratados internacionais quanto nas Constituições nacionais editadas nas últimas décadas em vários países, há um extenso catálogo de normas dessa natureza, cuja efetiva e integral aplicação, todavia, não deixa de representar empreitada quase utópica, mas que deve ser enfrentada e cumprida segundo as forças de cada nação.

JC – Existe efetivamente entre nós uma crise da legalidade e da segurança jurídica?

TZ – Fenômenos de descumprimento da lei e, conseqüentemente, de comprometimento da segurança jurídica, apesar de indesejáveis, não podem ser descartados no horizonte das relações sociais, nem representam,

necessariamente, situações de crises alarmantes. O importante é que, na ocorrência dessas situações, os poderes constituídos, inclusive o Judiciário, estejam habilitados a atuar sua força controladora.

JC – A Constituição de 1988, no seu entender, tem sido um obstáculo à governabilidade democrática e à efetividade das políticas públicas?

TZ – Embora estejamos muito distantes, ainda, de darmos plena concretude às inúmeras promessas do nosso Constituinte de 1988 – muitas delas, como já se disse, de difícil efetivação porque subordinadas aos limites das forças do Estado e da sociedade –, isso não significa que a Constituição seja empecilho à governabilidade. Seus 25 anos de vigência demonstram o contrário.


JC – O ativismo judicial pode gerar uma crise na independência e harmonia entre os poderes constituídos?

TZ – O exercício pleno das atribuições conferidas ao Poder Judiciário pela Constituição – inclusive, quando for o caso, para suprir eventuais lacunas normativas – de modo algum compromete a harmonia ou a independência dos poderes.

JC – O senhor é favorável a uma revisão constitucional ou uma nova constituinte?

TZ – Conforme já referido, a periódica intervenção revisora do Constituinte é um fenômeno que não pode ser eliminado de nosso sistema, dada a natureza analítica da Constituição vigente. É importante, todavia, que esse sistema constitucional seja mantido na sua essência, naquilo que ele tem de mais sagrado em termos de valores democráticos e de garantia dos cidadãos. Quanto aos demais aspectos, periféricos e circunstanciais, tem sido eficaz a atividade do Constituinte derivado, o que, pelo menos num horizonte de futuro próximo, certamente afasta a necessidade de nova constituinte.

JC – Até junho deste ano, deverão ser votadas pelo Congresso as reformas de seis Códigos legais brasileiros. Qual a avaliação que o senhor faz da necessidade dessas mudanças, especialmente em relação ao Código Penal?

TZ – Há um reconhecimento mais ou menos universal nos meios jurídicos especializados quanto à necessidade de atualizar esse conjunto de normas codificadas, quase todas editadas num cenário social inteiramente diferente do atual. É o caso do Código Penal, que, apesar de ter sido modificado substancialmente em sua parte geral, comporta uma atualização em sua parte especial, ainda que seja para nela incorporar as inúmeras disposições normativas supervenientes, editadas em leis ordinárias individuais. 

O alcance da proteção processual ao trabalhador idoso em face do princípio da anterioridade da penhora

Emmanuel Pereira | Ministro do TST

Uma pesquisa realizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, em 2010, revela uma elevação de quase 13% no nível de emprego dos trabalhadores com mais de 65 anos. O aumento da expectativa de vida da população brasileira amplia sobremaneira o tempo em que o trabalhador se mantém economicamente ativo.

Nesse contexto, as reclamações trabalhistas ajuizadas por trabalhadores idosos constituem uma realidade inegável: no Tribunal Superior do Trabalho, até novembro de 2012, havia mais de quatro mil processos com pedido de tramitação preferencial com amparo no Estatuto do Idoso, o qual criou um arcabouço de proteção que exorbita a esfera do direito material, delineando garantias processuais.

Tais dados impõem uma importante reflexão sobre o princípio da razoável duração do processo do trabalho sob o prisma da proteção ao trabalhador idoso. Para Luiz Eduardo Alves de Siqueira e Marcelo de Almeida:

A Lei 10.741, de 01.10.2003, denominada Estatuto do Idoso, insere-se, dentro do que já era prática recorrente pelos legisladores brasileiros, como um microsistema jurídico. Essa denominação, ofertada por Foucault em seu *Microfísica do poder* (1998), tem em vista normas setoriais que procuram, o mais minuciosamente possível, tratar os mais amplos aspectos relacionados ao tema. Assim é que o Estatuto do Idoso contempla normas de proteção social, bem como dispositivos de natureza criminal, processual, administrativa, com a observação de que há especificidade,

mas não isolamento, sob pena de fragmentação do sistema jurídico, sem a necessária coesão que as normas devem apresentar, tendo na Constituição Federal um núcleo agregador. (O Idoso e o Direito ao Trabalho: Alguns Lineamentos. Revista de Direito do Trabalho. volume 144, p. 60, out.-dez./2011)

Não há dúvida de que é no procedimento de execução que se efetiva a recomposição do direito vulnerado, satisfazendo-se a parte credora através da transferência do bem da vida objeto da controvérsia judicial. Tanto o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) quanto o Código de Processo Civil asseguraram a prioridade de tramitação dos processos e procedimentos, incluindo-se a execução, salvaguardando a prioridade na execução dos atos e diligências judiciais.

De outro lado, os artigos 612 e 711 do Código de Processo Civil dispõem no sentido de que a anterioridade da penhora implica a preferência do credor sobre os bens penhorados. Diante da literalidade desses dispositivos e reduzindo-se o corte epistemológico do objeto de estudo ao processo do trabalho, indaga-se: O alcance da proteção processual ao trabalhador idoso se sobrepõe ao princípio da anterioridade da penhora que detém um trabalhador comum?

A controvérsia, antes mesmo de um conflito aparente de normas, envolve uma colisão de princípios: de um lado, a proteção ao idoso, de outro, a anterioridade da penhora.

Acerca da colisão de princípios, invoco a lição de Robert

Alexy, cuja doutrina é explicitada por Paulo Bonavides no seguinte excerto:

Afirma Alexy: 'Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (ungültig)'. Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas conseqüências jurídicas também valem.

Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.

Antes, quer dizer — elucida Alexy — que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária.

Com isso — afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo — se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera.

Já os conflitos de regras — assevera o eminente Jurista — se desenrolam na dimensão da validade, ao passo que a colisão de princípios, visto que somente princípios válidos podem colidir, transcorre fora da dimensão da validade, ou seja, na dimensão do peso, isto é, do valor.

Da posição de Alexy se infere uma suposta contigüidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm que ver com a validade, os princípios têm muito que com os valores. (Curso de Direito Constitucional, 17ª Edição, Ed. Malheiros, 2005, p. 279-280).

A prevalência de um determinado princípio não repercute no âmbito de validade do arcabouço legal amparado no outro princípio em colisão, isso porque a técnica da ponderação de valores dar-se-á no caso concreto, a fim de que se possa extrair a máxima efetividade dos postulados.

O princípio da proteção ao idoso nada mais é que um corolário da dignidade da pessoa humana, diante da presunção de que o indivíduo idoso encontra-se em situação de vulnerabilidade, daí a merecer especial proteção do Estado. Assim, o princípio da razoável duração do processo e da garantia dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação, lapidado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, comporta alcance diverso para o jurisdicionado idoso, em face da reduzida expectativa de vida que lhe resta, de modo que uma justiça em prazo



razoável para o trabalhador comum nunca será uma justiça eficaz para o trabalhador idoso, se já falecido.

A interpretação conferida aos artigos 71 da Lei nº 10.741/2003 e 1.211-A do CPC deve considerar as peculiaridades do seu destinatário, cotejando-se com a amplitude do princípio contido no inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna. Ao determinar a “prioridade na tramitação dos processos” e “na execução dos atos e diligências judiciais”, a redação dos artigos 71 do Estatuto do Idoso e 1.211-A do CPC alcança também a prioridade na ordem de penhora, pois, no caso concreto, considerando a técnica de ponderação de valores e o escopo de obter-se a máxima efetividade dos postulados, impõe-se a prevalência do princípio da proteção ao idoso, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido já decidiu a Subseção II de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, em sede de mandado de segurança, da minha relatoria, assegurando ao trabalhador idoso o direito de preferência de tramitação na penhora:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREFERÊNCIA DE EXEQUENTE IDOSO NA ORDEM DE PENHORA SOBRE CRÉDITO FUTURO

“A prioridade ao trabalhador idoso se impõe a todas as sociedades que homenageiam o princípio da dignidade humana, e não apenas com relação à esfera da prestação jurisdicional.”

DA EXECUTADA. ARTIGO 71 DO ESTATUTO DO IDOSO E ARTIGO 1.211-A DO CPC. ALCANCE. 1. Mandado de segurança pretendendo prioridade de tramitação processual de idoso na ordem de penhora. A reclamação trabalhista foi proposta em 1995 e o reclamante, ora impetrante, conta 78 anos de idade, sem perspectiva de satisfação do seu crédito. 2. No caso em exame, antes mesmo de um conflito aparente de normas, a controvérsia envolve uma colisão de princípios: de um lado, a proteção ao idoso, de outro, a anterioridade da penhora. Na esteira da doutrina perfilhada por Alexy, explicitada por Paulo Bonavides, a prevalência de determinado princípio não repercute no âmbito de validade do arcabouço legal amparado no outro postulado em colisão. A proteção ao idoso nada mais é que um corolário da dignidade da pessoa humana, diante da presunção de que o indivíduo idoso encontra-se em situação de vulnerabilidade, daí a merecer especial proteção do Estado. O princípio da razoável duração do processo e da garantia dos meios que assegurem a celeridade de sua tramitação, insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, comporta alcance diverso para o jurisdicionado idoso, em face da reduzida expectativa de vida que lhe resta, de modo que uma justiça em prazo razoável para um indivíduo comum nunca será uma justiça eficaz para o idoso, se já falecido. Assim, a interpretação a ser conferida ao art. 71 da Lei nº 10.741/2003, bem como ao art. 1.211-A do CPC, deve considerar as peculiaridades do seu destinatário, cotejando-se com a amplitude do princípio contido no inciso LXXVIII do art. 5º da Carta Magna. Dessa feita, a redação dos citados dispositivos, ao determinar a “prioridade na tramitação dos processos” e “na execução dos atos e diligências judiciais” alcança também a

prioridade na ordem de penhora de créditos futuros da empresa executada, pois, no caso concreto, considerando a técnica de ponderação de valores e o escopo de obter-se a máxima efetividade dos princípios, exsurge a imperiosa prevalência do princípio da proteção ao idoso, como consectário, inclusive, do princípio da dignidade da pessoa humana. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. (TST-ROMS-174300-50.2004.5.01.0000, Relator Ministro Emmanoel Pereira, SBDI-2, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 06 ago. 2010).

Ao argumento de negativa de vigência aos artigos 612 e 711 do CPC, impõe-se afirmar que não se está contestando a validade às normas neles contidas, mas, apenas, reduzindo sua carga deontológica, a fim de compatibilizá-los, no conflito real de que se cogita, com o princípio da dignidade da pessoa humana, sob o seu viés de proteção ao trabalhador idoso, observando-se que tal conclusão não implica a prioridade absoluta, devendo ser respeitada a ordem cronológica entre todos os exequentes idosos.

A prioridade ao trabalhador idoso se impõe a todas as sociedades que homenageiam o princípio da dignidade humana, e não apenas com relação à esfera da prestação jurisdicional. Em emblemática e inspiradora ficção, o escritor Adolfo Bioy Casares resumiu, em “Diário da Guerra do Porco”, as urgências e agruras da velhice:

A velhice era um castigo sem saída, que não permitia desejos nem ambições. De onde tirar a ilusão para fazer planos, já que uma vez realizados o sujeito não estará mais aí para gozá-los, ou estará pela metade?

Os jovens não entendem até que ponto a falta de futuro subtrai ao velho todas as coisas importantes da vida. A enfermidade não é o enfermo, mas o velho é a velhice, e não há outra saída senão a morte.



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

www.todosnos.com.br



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

Jornal do Commercio

Faculdade de Direito da UFMG, cenáculo do Direito, sementeira de homens públicos

Carlos Mário da Silva Velloso

Ministro aposentado do STF
Membro do Conselho Editorial

Discurso pronunciado na sessão solene comemorativa dos 120 anos de fundação da Faculdade de Direito da UFMG, em Belo Horizonte, no dia 10/12/2012

“ Até que editada a Lei de 11 de agosto de 1827, os brasileiros que desejassem seguir a carreira jurídica deviam matricular-se na Faculdade de Direito de Coimbra. Diplomados, de volta ao Brasil, pugnavam pela criação, aqui, de cursos de formação jurídica. Com a Lei de 11 de agosto de 1827, para cuja edição contribuíram, sobremaneira, foram instituídos, no Brasil, os cursos de Direito em São Paulo e Olinda.

Registra o professor Aroldo Plínio Gonçalves¹ a observação de Haroldo Valladão no sentido de que, ‘no Império, o ensino superior era monopólio do Governo Central, que para o Direito criara apenas as Faculdades do Recife e de S. Paulo. Coube ao grande pensador, Leônício de Carvalho, criar o ensino livre no Brasil pelo Decreto 7.247, de 19.04.1879, infelizmente não executado.’

Com a República, o Decreto de 02.01.1891, de Benjamin Constant, fez ressurgir o ensino livre. Foram criadas, então, as Faculdades Livres de Direito, com enfoque liberal e libertário. A educação, força inovadora da sociedade, teria que expandir-se, certo que ‘a liberdade deveria imperar e sua única regulação seria a *seleção natural* do próprio mercado.’²

As Faculdades Livres de Direito prestaram notáveis serviços ao nosso ensino e cultura, assinala Haroldo Valladão.³ Na mesma linha, anota Aroldo Plínio que ‘as Faculdades Livres de Direito, que se formaram ao lado das duas Faculdades de Direito do País, criadas com a fundação dos Cursos Jurídicos, em 11 de agosto de 1827

– a de São Paulo e a de Olinda, depois transferida para Recife – iriam permitir o florescimento do Direito, a sistematização e a inovação, e iriam influir na codificação do direito positivo.’ E que a Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais, filha da República, não é a primeira, mas a terceira. A primeira foi a da Bahia e a segunda a do Rio de Janeiro, criadas em 1891. Seguiram-se a de Porto Alegre, de 1900; a de Belém do Pará, de 1901; a do Ceará, de 1903, a de Manaus, de 1909; a Teixeira de Freitas, em Niterói; a de Pelotas, no Rio Grande do Sul e a do Paraná, em 1912.⁴

Os inconfidentes tinham entre os seus propósitos, conseguida a independência, a criação da Universidade de Vila Rica. O sonho persistiu. Quando, a 4 de dezembro de 1892, em Ouro Preto, então a capital do Estado, um pugilo de juristas, capitaneados pelo Conselheiro Affonso Augusto Moreira Penna, impulsionados pelas ideias vindas dos centros de cultura jurídica da época, Faculdades de Olinda e São Paulo⁵ e, sobretudo, pelos ideais liberais das Revoluções Americana, de 1776, e Francesa, de 1789, se reuniram e criaram a Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais de Minas, realizavam o sonho dos inconfidentes.

Nesse pugilo de idealistas – os pais fundadores – liderados por Affonso Penna, estavam Levindo Ferreira Lopes, Gonçalves Chaves, Francisco Luiz da Veiga, Afonso Arinos de Melo Franco, Camilo de Brito, Rabelo Horta, Augusto de Lima, Arnaldo de Oliveira, Edmundo da Veiga, Borja de Almeida, Donato Fonseca e Francisco Silviano de Almeida Brandão.



A Faculdade, que nasceu como pessoa privada, foi instalada, solenemente, no dia 10 de dezembro de 1892, há exatamente 120 anos. Em 1893, é reconhecida oficialmente pelo governo. O decreto federal 1.289, de 21 de fevereiro de 1893, equiparou-a às instituições federais e a prerrogativa de faculdade livre, livre para ensinar o direito forte na liberdade, com autonomia didática, administrativa e financeira.⁶

Esse modo de pensar e de agir foi sempre uma constante no ideal dos que vieram depois. Exemplo disso é a manifestação do professor Francisco Brant, em 1927, quando a Faculdade, com a criação da Universidade de Minas Gerais, passou a integrá-la. Não obstante conservar a mesma natureza e autonomia, por força da Lei nº 956, de 7 de setembro de 1927, o voto de Francisco Brant foi contrário ao que chamava de oficialização. Lembrou ele, em 1948, numa reunião da Congregação, o que foi lavrado em ata: ‘Meu voto foi contrário à oficialização do nosso instituto, fundado livre pelos seus instituidores e livre tem sido nos cinquenta e seis anos de sua existência e funcionamento. Não há preço que equivalha à abdicação de nossa autonomia administrativa e econômica.’⁷

Não foi à toa que Tancredo Neves, filho ilustre desta Casa, proclamou que o outro nome de Minas é liberdade.

São três as fases da nossa Faculdade, assinalam Mizabel Derzi e Elza Afonso: ‘a primeira delas corresponde ao período que decorre de sua fundação – ano de 1892 – e alcança o ano de 1927, data em que foi fundada a Universidade de Minas Gerais. A segunda, ao período

compreendido entre 1927 e 1949, ano em que se deu a federalização da Universidade de Minas Gerais. A terceira compreende o período que se estende a partir de 1949.’⁸

Na sua terceira fase, comemora a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais o 120º ano de sua fundação e instalação. E o faz, ressaltou a professora Amanda Flávio de Oliveira, que a dirige com honra e lustre, orgulhosa de ‘sua trajetória de inegável contribuição para os grandes debates travados no cenário político-econômico e social do país, e dos inúmeros nomes pertencentes aos seus quadros que se revelaram e se revelam, ainda hoje, expoentes da política nacional, além de personagens essenciais no processo de desenvolvimento e de amadurecimento institucional brasileiro.’⁹

Afonso Pena foi o primeiro diretor da Faculdade. Seguiram-se os professores Antônio Gonçalves Chaves, Francisco Mendes Pimentel, Edmundo Lins, Arthur Ribeiro de Oliveira, Francisco Brant, Lincoln Prates, Antônio Martins Villas Boas, José Geinaert do Valle Ferreira, Alberto Deodato Maia Barreto, Lourival Vilela Viana, Wilson Melo da Silva, Messias Pereira Donato, José Alfredo de Oliveira Baracho, Washington Peluso, Aloísio Gonzaga, Ariosvaldo de Campos Pires, Joaquim Carlos Salgado e, atualmente, desde 2011, Amanda Flávio de Oliveira, a primeira mulher a dirigir a nossa Faculdade.

O corpo docente ‘foi sempre constituído por uma elite cultural e política do País.’¹⁰ O seu fundador, o conselheiro Afonso Penna, foi presidente do Estado e presidente da



Faculdade de direito, UFMG

República, falecendo no exercício desse cargo. Há episódio, que registrei em palestra,¹¹ que o dignifica e demonstra o estadista com a marca do espírito dos habitantes destas montanhas misteriosas.

Recorda o ministro Paulo Brossard, no discurso que pronunciou na Assembleia Legislativa gaúcha, quando a integrava, na homenagem prestada a Pedro Lessa, que o presidente Afonso Penna, tendo que preencher vaga de ministro do Supremo Tribunal Federal, fixou-se no nome do jurista mineiro, que lecionava na famosa Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Convidou, então, Pedro Lessa para o cargo. A Nação, entretanto, esclarece Brossard, 'retribuía parcamente seus juizes e eram copiosos os rendimentos que o grande causídico e professor colhia do seu talento, de sua reputação, da sua capacidade e da sua probidade profissionais. Mas, se recebeu desvanecido o convite do conselheiro Afonso Penna, dele declinou, dizendo os motivos. Teria até de impor-se algumas restrições, para viver no Rio de Janeiro com os exíguos vencimentos de juiz da Suprema Corte.'

Diante da recusa, revela Paulo Brossard que Afonso Penna respondeu assim a Pedro Lessa: 'A Constituição da República outorga ao Presidente o poder de nomear os ministros do Supremo Tribunal, entre os brasileiros de notável saber jurídico e reputação ilibada. Lembrando-me

do seu nome, escolhendo a sua pessoa, penso que cumpro meu dever de Presidente para com a Nação. Se V.Exa., como brasileiro, quiser cumprir o seu, é um problema que não está ao meu alcance.' Essas palavras, acrescenta Brossard, 'naturalmente encontraram eco na personalidade vibrátil, corajosa e digna do famoso advogado e professor, que, ato contínuo, aceitou o cargo, parcamente remunerado, para cumprir o seu dever de brasileiro. E, no juízo de todos, o mineiro Pedro Lessa foi o maior dos juizes que o Supremo Tribunal tem tido em toda a sua história,¹² nomeado que fora para a Corte Suprema, em 26 de outubro de 1907, por decreto do presidente Afonso Penna, preenchendo a vaga ocorrida com a aposentadoria de Lúcio de Mendonça. O mineiro do Serro, Pedro Lessa, pela sua atuação como juiz do Supremo Tribunal, autor principal da doutrina brasileira do habeas corpus, foi cognominado o Marshall brasileiro.¹³

No discurso que proferiu na sessão comemorativa dos setenta e cinco anos desta Faculdade, o professor Edgar de Godoi da Mata Machado anotou que 'estimulante é verificar o que atraia a Mário Casasanta na história da Faculdade. Sempre viu nesta um cenáculo das letras e uma sementeira de homens públicos. Estes os dois traços que evidenciou, ao retratar os primeiros mestres. Se, de nossa parte, quisermos balizar a atuação da Faculdade no meio em que se situa, com projeção sobre todo o país, cremos

que se pode assinalar uma tríplice presença sua: presença na política, presença nas letras, presença na ciência.¹⁴

No registro da professora Amanda Flávio de Oliveira, desde a sua fundação, em Ouro Preto, aos dias atuais, circularam, por seus corredores, nomes de considerável valor, fazendo desta Casa, que é de Afonso Penna, igualmente a Casa de Afonso Arinos, Levindo Lopes, Augusto de Lima, Francisco Silviano de Almeida Brandão, Carlos Maximiliano, Caio Mário da Silva Pereira, João Eunápio Borges, Orlando de Carvalho, Tancredo Neves, Pedro Aleixo, Francisco Salles, Milton Campos, Bias Fortes, Rondon Pacheco, Mello Viana, Ozanan Coelho, Orozimbo Nonato, Antônio Augusto Junho Anastasia, Sepúlveda Pertence, Maurício Corrêa, Carlos Mário da Silva Velloso, Adhemar Maciel, Sálvio de Figueiredo Teixeira, José Sette Câmara, Francisco Rezek, Antônio Augusto Cançado Trindade, Edgar de Godoi da Matta Machado, Raul Machado Horta, Paulo Neves de Carvalho, Jair Leonardo Lopes, Washington Peluso, Amílcar de Castro, o compositor Fernando Brant, Ziraldo, Rubem Braga, Fernando Sabino, Carlos Castelo Branco, Paulo de Tarso Flecha de Lima, Darcy Bessone, Geraldo Muzzi, José Roberto Gonçalves, José Carlos da Matta Machado, entre tantos outros membros de sua comunidade acadêmica que deixaram marcas indeléveis na história nacional.¹⁵

Gastão da Cunha, dos nossos primeiros docentes, foi, além de embaixador do Brasil na França, presidente do Conselho Superior das Nações. Afrânio de Mello Franco foi juiz do Tribunal da Haya (1921), a mesma Corte que Ruy Barbosa integrou e dignificou. Integraram e integram a Corte Internacional de Justiça, em Haya, com brilho notável, José Sette Câmara Filho, Francisco Rezek e, atualmente, desde 2009, Antônio Augusto Cançado Trindade.

A professora, advogada, ex-procuradora-geral do Estado e do Município de Belo Horizonte, das maiores tributaristas brasileiras, Misabel Derzi – que gostaríamos de vê-la integrando o Supremo Tribunal Federal – anota que ‘não há qualquer grande doutrina acerca da democracia, dos limites da autoridade, do direito e da política que tenha sido desenvolvida e se imposto em território brasileiro sem sofrer influência da comunidade de juristas, docentes e discentes da Faculdade de Direito da UFMG.’¹⁶

Dezenas e dezenas de ex-alunos e muitos dos nossos professores integraram e integram o Tribunal de Justiça do Estado, o que vem desde o antigo Tribunal da Relação. Convém anotar que a criação da Faculdade ocorreu em seguida à organização da Justiça do Estado, realizada em 28/11/1891. O Tribunal da Relação se compunha de 9 desembargadores, um dos quais serviria como procurador-geral. Eram 115 as comarcas, com um juiz de Direito em cada comarca, além do Tribunal do Júri.

Igualmente, é significativo o número de Desembargadores do Trabalho e Desembargadores Federais, que integraram e integram o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, este sediado em Brasília, egressos da nossa Faculdade. Alguns deles foram e são seus professores. Está presente, nesta solenidade, a presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, desembargadora Deoclécia Amoreli Dias, diplomada por esta Casa.

Justiça e ensino jurídico são irmãos gêmeos. Proclamada a independência, em 1822, a Constituição do Império, de 1824, mandou criar o Supremo Tribunal de Justiça, como sucessor da antiga Casa da Suplicação. A Lei de 18 de setembro de 1828 criou o Supremo Tribunal de Justiça, instalado em 1829. É importante anotar que os cursos jurídicos foram instituídos, no Brasil, em 1827. Vejam a coincidência de datas. Cursos jurídicos criados em 1827, Supremo Tribunal de Justiça criado em 1828 e instalado em 1829.

E fato nem sempre lembrado é que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal somente foi criado em 1833. É dizer, o Supremo Tribunal de Justiça do Brasil, criado em 1828, e que, proclamada a República, foi sucedido pelo Supremo Tribunal Federal, é mais antigo do que o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

Convém anotar, entretanto, que o Judiciário brasileiro somente se fez poder político com a República. A partir daí, cresceram as suas atribuições, passando a fazer os juízes o controle de constitucionalidade das leis, controle difuso, segundo o modelo norte-americano, e o controle da Administração Pública. A Constituição de 1934, criando a ação interventiva, *prius* da intervenção federal nos Estados-membros, formulou o embrião do controle de constitucionalidade concentrado, em abstrato, que veio a ser instituído com a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, à Constituição de 1946. A Constituição de 1988, a mais democrática das Constituições que tivemos, ampliou os poderes do Judiciário, em termos de jurisdição constitucional, nos seus dois campos, controle de constitucionalidade difuso e concentrado e jurisdição constitucional das liberdades.

Os trabalhos e estudos de publicistas mineiros, ex-alunos e professores da nossa Faculdade, muito contribuíram para essa evolução. Menciono, dentre outros, Afonso Arinos, Milton Campos, Paulo Neves de Carvalho, Washington Peluso, Orlando Magalhães Carvalho, Caio Mário da Silva Pereira, Darcy Bessone, Gerson Boson, Pedro Aleixo, Raul Machado Horta, José Alfredo de Oliveira Baracho, Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, Jair Leonardo Lopes, Misabel Derzi, Sacha Calmon Navarro Coelho, Messias Pereira Donato, Antônio Álvares da Silva, Isabel Vaz, João Bosco Leopoldino, Joaquim Salgado.

Minas sempre foi celeiro de juristas. A entidade que congrega os juristas mineiros, a Academia Mineira de Letras Jurídicas, presidida pelo ministro e professor Adhemar Ferreira Maciel, que integra a federação das Academias de Letras Jurídicas, liderada pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas, e que ora homenageia a nossa Faculdade, tem como titulares de quase todas as suas quarenta cadeiras, a começar do presidente, ministro Adhemar Maciel, escritor e dos melhores expositores do Direito Constitucional norte-americano, professores e ex-alunos desta Casa, seja do bacharelado, do mestrado ou do doutorado.

O mesmo se diz da centenária Academia Mineira de Letras, presidida pelo acadêmico Orlando Vaz Filho, meu colega da turma de 1963, da nossa Faculdade. Integram-na, dentre outros, menciono alguns já falecidos, Arthur Versiani Velloso, Cyro dos Anjos, Wilson Mello da Silva, Caio Mário da Silva Pereira, Orlando Magalhães Carvalho, Milton Campos, Abgar Renault, Tancredo Neves, Mário Casasanta, Pedro Aleixo, Gerson de Britto Melo Boson, Raul Machado Horta, Oscar Corrêa, Alberto Deodato, Cândido Martins de Oliveira Júnior, Ariosvaldo de Campos Pires, Edgar de Godoi da Mata Machado, Afonso Penna Júnior.

A Academia Mineira de Letras também se associa às homenagens a esta Casa, como bem expressou o presidente Orlando Vaz na bela alocução que proferiu.

No nosso Estado, não se fica apenas aí. Lembra a nossa diretora, professora Amanda Flávio de Oliveira, que ‘foi no seio da Escola e da inquietude intelectual e política de seus integrantes que importantes Instituições nasceram: é o caso do Instituto dos Advogados de Minas Gerais e da Seção mineira da Ordem dos Advogados do Brasil.’¹⁷

Na linha do preconizado pelos professores Mário Casasanta e Edgar da Matta Machado, linhas atrás mencionados, é relevante a contribuição da Faculdade de Direito da UFMG aos tribunais superiores e ao Supremo Tribunal Federal.

É ver.

Do antigo Tribunal Federal de Recursos e do Superior Tribunal de Justiça, sucessor daquele, são oriundos da nossa Faculdade os ministros Francisco de Paula Lagoa Filho (TFR), Joaquim Justino Ribeiro (TFR), José Aguiar Dias (TFR), Armando Leite Rollemberg (TFR), Carlos Mário da Silva Velloso (TFR), José Pereira de Paiva (TFR), Márcio Ribeiro (TFR), Sebastião Alves dos Reis, Carlos Mário da Silva Velloso (STJ), Sálvio de Figueiredo Teixeira (STJ), Adhemar Ferreira Maciel (STJ), Armando Leite Rollemberg (STJ), Fernando Gonçalves (STJ), Nilson Vital Naves (STJ), Arnaldo Esteves Lima (STJ), Assusete Dumont Reis Magalhães (STJ). O ministro mineiro, Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira (STJ), diplomou-se pela Faculdade Mineira de Direito da PUC. Apesar de ter sido aprovado no vestibular da UFMG, preferiu a Católica,

porque ali lecionava o seu pai, o desembargador Aprígio Ribeiro de Oliveira Júnior.

Do Tribunal Superior do Trabalho são originários desta Casa os ministros Carlos Alberto Reis de Paula, professor da Casa, futuro presidente do TST, a partir de fevereiro de 2013, José Roberto Freire Pimenta, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Manoel Mendes de Freitas, Vantuil Abdala, Allyrio de Salles Coelho, Geraldo Starling Soares, Afonso Celso Moraes de Sousa Carmo e Galba Magalhães Velloso.

Outros ministros foram diplomados pela Faculdade Mineira de Direito da PUC, que nasceu irmã da nossa Faculdade. Os seus professores, quase todos, eram professores também aqui e era estimulante a emulação entre as suas Escolas, cada uma delas buscando a primazia na excelência dos cursos ministrados. Diplomaram-se na Católica os ministros José Luciano de Castilho Pereira, Dora Maria da Costa e Márcio Eurico Vital Amaro.

O Supremo Tribunal Federal, instalado em 28 de fevereiro de 1891, sucedeu o Supremo Tribunal de Justiça do Império. A história do Supremo Tribunal Federal confunde-se com a história da República. Proclamada esta, a 15 de novembro de 1889, o Decreto nº 510, de 22.06.1890, significou o primeiro passo para a instituição do Supremo Tribunal Federal segundo o modelo da Suprema Corte norte-americana. O Decreto nº 848, de 11.10.1890, transformou o Supremo Tribunal de Justiça no Supremo Tribunal Federal. Promulgada a Constituição republicana, a 24.02.1891, instalou-se o Supremo Tribunal Federal, no dia 28.02.1891, com quinze ministros, a maioria vinda do Supremo Tribunal de Justiça, maioria que, entretanto, ‘pouco se demoraria no novo Tribunal’, informa Leda Boechat Rodrigues.¹⁸

A forma de investidura adotada seguiu o modelo da Suprema Corte norte-americana: indicação do nome de cidadão de notável saber e reputação, ao Senado, pelo Presidente da República; após aprovação do Senado, nomeação pelo Presidente da República. As Constituições que se seguiram mantiveram o modelo, com acréscimos: cidadão com notável saber jurídico e reputação ilibada, com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, exigindo-se aprovação do nome pelo voto da maioria absoluta do Senado Federal (C.F., art. 101 e seu parágrafo único). É mais do que centenária, portanto, a forma adotada pelas Constituições republicanas.

Há propostas para mudança do critério adotado. Eu próprio, em palestra proferida num Congresso da Academia Brasileira de Direito Constitucional, realizado em Curitiba, em 2003, apresentei sugestão, que pode ser assim resumida: as Universidades, pelas suas Faculdades de Direito, indicariam dois nomes dentre seus professores; os Tribunais Superiores indicariam, cada um deles, dentre seus juízes, dois nomes; os Tribunais de Justiça dos Estados, agrupados na respectiva região, indicariam dois de seus juízes. São cinco as regiões.

Assim, os Tribunais de Justiça indicariam dez nomes. Os Tribunais Regionais Federais indicariam, cada um deles, um nome. O mesmo ocorreria com os Tribunais Regionais do Trabalho. O Ministério Público da União indicaria dois nomes; o mesmo ocorreria com os Ministérios Públicos estaduais que, agrupados, respectivamente, nas cinco regiões do país, indicariam dois nomes. O Conselho Federal da OAB indicaria dois nomes de advogados. Os indicados deveriam satisfazer os requisitos do art. 101 da Constituição e deveriam contar com mais de vinte anos de exercício no magistério superior, na magistratura, no Ministério Público e na advocacia, respectivamente.

Os nomes seriam enviados ao Supremo Tribunal que, em sessão pública, elegeria, dentre eles, seis nomes. A lista sêxtupla seria encaminhada ao Presidente da República, que escolheria um nome, que seria levado à aprovação da maioria absoluta dos membros do Senado Federal. O candidato seria submetido, no Senado, à sabatina, da qual participariam representantes dos órgãos indicadores dos candidatos.

A nomeação, dessa forma, teria transparência e, portanto, maior legitimidade.

Da primeira Constituição republicana, de 1891, aos dias de hoje, 121 anos são passados, foram nomeados 165 ministros, certo que os dez primeiros integraram o Supremo Tribunal de Justiça. Pela ordem de antiguidade, o primeiro dos ministros do Supremo foi João Evangelista de Negreiros Sayão Lobato, Visconde de Sabará, nascido no Serro, Minas Gerais. O mais moderno, que acaba de empossar-se no cargo, é o ministro Teori Zavascki.

Integraram e integram o Supremo Tribunal Federal os seguintes ministros por ordem alfabética, egressos da Faculdade de Direito da UFMG: Adolpho Augusto Olinto; Antônio Gonçalves de Oliveira; Arthur Ribeiro de Oliveira; Antônio Martins Vilas Boas; Carlos Maximiliano Pereira dos Santos; Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto; Carlos Mário da Silva Velloso; Edmundo Lins; Francisco de Paula Rocha Lagoa; Heitor de Souza; João Luiz Alves; José Francisco Rezek; José Paulo Sepúlveda Pertence; Maurício José Corrêa; Orozimbo Nonato; Olavo Bilac Pinto; Oscar Dias Corrêa.

A ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha bacharelou-se pela Faculdade Mineira de Direito da PUC. Todavia, o seu mestrado foi feito na Faculdade de Direito da UFMG.

O professor Raul Machado Horta foi convidado, em 1971, a ocupar uma das cadeiras do Supremo Tribunal. Entretanto, devido a afazeres pessoais, sobretudo porque não desejava afastar-se de sua cátedra, na Faculdade, declinou do convite. Em 1917, o professor Mendes Pimentel, que foi diretor da Faculdade e Reitor da Universidade de Minas Gerais, recebeu idêntico convite, do qual declinou.¹⁹

O 'site' do Supremo Tribunal revela que as Faculdades de Direito de maior prestígio, São Paulo, Rio de Janeiro,

“O Exame de Ordem revela a deficiência do ensino. Esse Exame foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ele é absolutamente necessário. Todavia, o movimento de bacharéis reprovados no Exame, coadjuvados pelas ‘fábricas de bacharéis’, pugna pela sua extinção.”

Minas Gerais (UFMG), Pernambuco e Rio Grande do Sul foram as que mais ministros deram ao Supremo Tribunal Federal. Igualmente, os Estados de maior tradição jurídica forneceram ao Supremo Tribunal maior número de juizes: Rio de Janeiro, Minas Gerais, São Paulo, Pernambuco, Bahia e Rio Grande do Sul.²⁰ Leia-se Faculdade de Direito da UFMG, dado que todos os indicados para o Supremo, até agora, são egressos desta Faculdade.

Uma palavra a respeito do corpo discente da Faculdade. O professor Edgar da Mata Machado, que aqui ingressou como aluno, lembra, no discurso que proferiu em comemoração aos setenta e cinco anos da Escola, a luta travada pelo corpo discente, às vezes clandestinamente, pela redemocratização do Brasil, durante o regime ditatorial de 1937 a 1945.²¹

Batalhar pelos superiores interesses da cidadania e pela liberdade, o espírito cívico e libertário, foi e tem sido o ideal maior dos alunos da Faculdade. Menciono por todos que se empenharam pela democracia, José Carlos da Mata Machado, que se imolou pela liberdade.

Eram intensos os debates, nos anos cinquenta e sessenta, no Centro Acadêmico Afonso Pena, o CAAP, a mais antiga entidade estudantil de Minas, fundada em 1908, e no Centro Acadêmico Pedro Lessa, o CAPL, este o braço cultural daquele, nas tardes de sábado e até aos domingos. E jamais os alunos se descuidavam dos estudos. Buscavam aperfeiçoar-se, participavam de júris simulados, não foram poucos os que venceram concursos de oratória de âmbito nacional. Orlando Vaz Filho, presidente da Academia Mineira de Letras, venceu concurso nacional de oratória, realizado no Rio de Janeiro, após sagrar-se finalista no certame aqui realizado.

E participavam os alunos de congressos organizados pelas suas entidades de representação, escreviam para revistas especializadas, disputavam os prêmios que se

destinavam aos que mais se destacavam no estudo, o 'Prêmio Rio Branco', o mais significativo, o 'Prêmio Francisco Brant', o 'Prêmio Antônio Carlos', este instituído em homenagem ao fundador da UMG, pelo Reitor Mendes Pimentel, o 'Prêmio Raphael Magalhães', dentre outros.

O sentido desta solenidade, senhoras e senhores, convida-nos a breves reflexões sobre o ensino do Direito, no Brasil, ainda mais porque o presidente do CAAP há pouco assomou esta tribuna e fez entrega ao Magnífico Reitor de manifesto dos alunos para que a excelência do ensino aqui ministrado seja mantida e assegurada.

Há praticamente unanimidade na afirmativa de que o ensino jurídico, no Brasil, está em crise. Quando do centenário da criação dos cursos jurídicos, ocorrido em 1927, tínhamos 14 faculdades de Direito, com cerca de 3.200 alunos.²² Hoje, temos mais de mil e duzentas. Os Estados Unidos da América, com mais de 300 milhões de habitantes, têm pouco mais de duzentas. Temos, na verdade, 'fábricas de bacharéis,' a desová-los, aos milhares, a cada ano, sem suficiente preparo técnico.

A OAB, justiça se lhe faça, tem reagido e tem procurado intervir na avaliação dos cursos jurídicos. E tem conseguido algum sucesso. Ela deve manifestar-se, previamente, pelo seu Conselho Federal, nos pedidos de autorização e reconhecimento dos cursos a serem implantados. Mas os pareceres da OAB não são vinculativos e a decisão final é do Ministério da Educação, que se revela displicente no autorizar e reconhecer os cursos.

O Exame de Ordem revela a deficiência do ensino. Esse Exame foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Ele é absolutamente necessário. Todavia, o movimento de bacharéis reprovados no Exame, coadjuvados pelas 'fábricas de bacharéis,' pugna pela sua extinção. Tramitam, no Congresso, cerca de 18 propostas que, se aprovadas, poderão extingui-lo ou modifica-lo substancialmente.

Num dos exames da OAB, realizado em abril de 2004, o índice de reprovação ultrapassou o percentual de 70% na primeira etapa.²³

Quer-se o caos?

Felizmente, há escolas que ministram bom ensino do Direito. De regra, as públicas, as pontifícias e um número razoável de faculdades privadas.

Não tenho a pretensão, nem me seria possível, neste espaço, dissertar a respeito do que é preciso fazer. Apenas menciono algo que me parece evidente: que o ensino do Direito há de ser essencialmente formativo e não informativo, preparando o aluno para saber pensar o Direito, pensar juridicamente, desenvolvendo nele a capacidade de crítica diante da realidade²⁴ e do próprio Direito.

A Casa, que carinhosamente chamamos de Casa de Afonso Penna, está entre as faculdades que ministram ensino de qualidade. A sua história demonstra que ela tem sido

escola de líderes e de excelência, por isso mesmo admirada e querida, do que podem orgulhar-se os seus dirigentes, os seus professores, os seus alunos, os seus servidores.

As instituições, eu sempre dizia, quando presidi o Supremo Tribunal Federal, valem por si, mas a sua grandeza depende das pessoas que as fazem funcionar. Esta Faculdade, desde os seus primórdios, tem produzido homens e mulheres notáveis, justamente pela grandeza dos homens e das mulheres que a integraram no passado e a integram no presente.

Que assim seja, sempre.”



Notas

¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *100 Anos de Processo Civil na Faculdade de Direito da UFMG – Da Fundação ao Centenário*, Del Rey Editora, 2012, p.11.

² MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. *A Evolução do Ensino Jurídico no Brasil*, trecho adaptado da obra *Manual da Educação Jurídica*, ed. Juruá, 2003, em www.ensinojuridico.pro.br.

³ VALLADÃO, Haroldo. *História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1977, p. 175. Ap. GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob. cit.

⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Ob.cit., ps. 11-12. VALLADÃO, Haroldo. Ob. cit., p. 176.

⁵ ARINOS, Affonso. *Memória Histórica de 1894, sobre as origens da fundação da Faculdade*, ap. Derzi, Misabel, e AFONSO, Elza, “Dados para uma História da Faculdade de Direito da UFMG”, volume I, p. 11.

⁶ Derzi, Misabel de Abreu Machado, e Miranda Afonso, Elza Maria, “Dados para uma História da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais”, volume I, p. 11.

⁷ Idem, idem, volume II, p. 8.

⁸ Idem, idem, volume I, “Introdução”.

⁹ Oliveira, Amanda Flávio, discurso proferido na Câmara dos Deputados, em Brasília, em 30.10.2012, na sessão solene em homenagem aos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG.

¹⁰ Derzi, Misabel, e Elza Afonso, ob. cit., volume I, p. 88.

¹¹ Velloso, Carlos Mário da Silva, “Pedro Lessa e a Teoria Brasileira do Habeas Corpus”, palestra proferida na Cidade do Serro, MG, em 21.09.2002, na solenidade comemorativa dos trinta e seis anos da Cidade.

¹² Brossard, Paulo, discurso pronunciado na Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, na homenagem prestada a Pedro Lessa. *Revista Jurídica*, nº 41 (1959), ps. 25 e segs.

¹³ Rosas, Roberto, “Pedro Lessa e o Supremo Tribunal Federal”, *Revista de Informação Legislativa*, nº 37, ps. 133 e segs.

¹⁴ Mata Machado, Edgar de Godoi da, Discurso em comemoração aos setenta e cinco anos da Faculdade de Direito, em Arquivo da Diretoria.

¹⁵ Oliveira, Amanda Flávio, ob. cit.

¹⁶ Werneck, Gustavo, “Escola de líderes e de excelência”, em “Estado de Minas”, 27.10.2012.

¹⁷ Oliveira, Amanda Flávio, discurso proferido na sessão solene da Câmara dos Deputados, em homenagem aos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG, em 30.10.2012.

¹⁸ Rodrigues, Leda Boechat, “História do Supremo Tribunal Federal”, *Civilização Brasileira*, Rio, 1965, I/17.

¹⁹ Derzi, Misabel, e Afonso, Elza, ob. cit., I/94.

²⁰ Portal do STF, www.stf.jus.br.

²¹ Derzi, Misabel, e Afonso, Elza, ob. cit., II/90.

²² Borges, José Carlos, em www.jurisway.org.br;

²³ Rivas, Leonardo José Pádua, “O ensino jurídico brasileiro e propostas para a melhoria da qualidade do ensino”, www.direitonet.com.br/artigos.

²⁴ Idem, idem.

A reforma do Código Penal brasileiro:

Consequências para as operações militares na vigência da Lei Complementar nº 97/99

Flavio dos Santos Raupp | Segundo Tenente do Exército Brasileiro

Introdução

Modernizar o sistema judiciário tornando-o mais célere, sem contudo comprometer a Justiça, tem sido o objeto de estudos de muitos.

Em busca dessa *modernização* de nosso sistema jurídico, as modificações ocorreram ao longo dos últimos tempos de maneira pontual, mormente para atender mais a opinião pública do que propriamente as reais necessidades. Segundo a majoritária doutrina, os entraves maiores para a lentidão da Justiça, entendida esta, também, como a prestação jurisdicional célere e justa, são a falta de estrutura do Poder Judiciário para atender a crescente demanda, o que por si só representa um dado positivo, em razão do maior acesso à justiça, e uma legislação caótica, em especial na área penal, ante a existência de uma infinidade de leis, muitas vezes contraditórias.

Aliado a esse emaranhado de leis penais temos um sistema processual que privilegia o caráter protelatório dos recursos, o que invariavelmente leva à materialização do adágio popular de que “no Brasil só vai para a cadeia o ladrão de galinhas”, haja vista o número insignificante de condenações de determinados crimes, em especial os assim denominados crimes do colarinho branco.

Tramita no Senado Federal proposta versando sobre a reforma do Código Penal Brasileiro (CPB). A reforma sob comento busca harmonizar o emaranhado de leis, muitas delas com tipos penais inseridos em normas de índole diversa da esfera criminal.



Dentre as “novidades” propostas no trabalho apresentado pela Comissão, merece destaque, por guardar relação com o presente trabalho, a inclusão de tipos penais previstos no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, constantes do Título XVII (Dos Crimes de Guerra), da Parte Especial.

Nesse ponto, a proposta de reforma do CPB destina-se a cumprir a exigência constitucional de respeito aos princípios da taxatividade e da reserva legal, a exigir lei *stricto sensu*, o que tornaria possível a persecução dos tipos penais previstos nos tratados internacionais, aos quais o Brasil aderiu.

A inclusão dos tipos penais, próprios dos conflitos armados¹, no ordenamento jurídico nacional representa um avanço do Brasil na incorporação dos preceitos do Direito Internacional Humanitário (DIH).

Contudo, a inovação proposta restrita somente à legislação penal comum acarretará o esvaziamento da justiça militar, o que poderá, em tese, levar à insegurança jurídica no emprego das Forças Armadas, em especial nas operações de garantia da lei e da ordem.

1. Direito internacional humanitário

Este ramo do direito internacional pouco estudado no Brasil, em especial no meio militar, começa a ser difundido com a denominação de Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), o Direito Internacional Humanitário muitas vezes é confundido com os Direitos Humanos, esse afeto ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Cumpra assinalar que, tanto um quanto outro tratam do conjunto de normas que visam à proteção das pessoas ou grupos de pessoas, entretanto, as regras de DIH são destinadas a resolver as questões surgidas durante um conflito armado, internacional ou não internacional, protegendo as pessoas e bens não envolvidos com o esforço de guerra.

Assim, no âmbito de incidência das regras do DIH o monopólio da violência pelo Estado passa a ser exercido, também, pelo agente estatal participante das hostilidades.

As infrações às normas do DIH somente eram objeto de processo e julgamento depois de encerradas as hostilidades, com a instalação de Tribunais *Ad Hoc*, que visavam atender aos princípios da justiça penal universal, entendida esta como a obrigação assumida pelos países de aplicar as sanções penais decorrentes dos tratados internacionais, em especial as Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais.

Art. 49 - (...)

Cada Parte Contratante **terá a obrigação de procurar as pessoas acusadas de terem cometido, ou dado ordem de cometer, qualquer das infrações graves, devendo fazê-las comparecer perante seus próprios tribunais, seja qual for a sua nacionalidade.** Poderá também se preferir e de acordo com condições previstas em sua própria legislação, entregar as referidas pessoas, para que sejam julgadas a uma outra Parte Contratante interessada na ação, contanto que esta última tenha apresentado contra elas provas suficientes. (Convenção de Genebra I, de 12 de agosto

“A finalidade maior de tal ramo da ciência jurídica é minimizar os efeitos, se isto for possível, na condução da violência estatal, protegendo as pessoas e os bens não empregados diretamente no esforço da guerra.”

de 1949, para a melhoria das condições dos feridos e dos enfermos das Forças Armadas em Campanha (CG I), com idêntica redação: CG II, Art. 50; CG III, Art. 129; e, CG IV, Art. 146). (grifo nosso)

A fim de garantir maior legitimidade aos julgamentos e impedir que as graves violações das normas do Direito Internacional Humanitário continuassem impunes, foi assinado em 17.7.1998, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), promulgado no Brasil por intermédio do Decreto nº 4.388, de 25.9.2002.

O Brasil, tradicionalmente, participou de todos os esforços diplomáticos para criar os preceitos éticos e jurídicos do Direito Internacional Humanitário, mas esse ativismo no plano diplomático não foi acompanhado de sua implantação na ordem interna. Vale dizer, a República Federativa do Brasil assinou e ratificou as Convenções de Genebra em 8.12.1949 e 29.6.1957, respectivamente, aderindo aos Protocolos Adicionais I e II às Convenções, em 5.5.1992, mas, transcorridos meio século daquelas e vinte anos desses, os mesmos ainda não foram internalizados.

Com a internalização do Estatuto de Roma, dada a complementariedade de sua jurisdição e ante a inexistência de lei em sentido estrito que tipificasse os crimes de guerra, estava o Estado Brasileiro, em tese, sujeito a entregar ao TPI os seus nacionais, no caso de infração aos crimes descritos no artigo 5º, 1, daquele Estatuto, pois, atualmente, no ordenamento jurídico pátrio a menção aos crimes de guerra encontra previsão no Código Penal Militar (CPM), editado pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, sem, contudo, guardar identidade com os previstos no Estatuto de Roma.

Os tipos penais previstos no CPM estão vocacionados a garantirem o *jus ad bellum* - direito de o Estado recorrer

ao uso da força contra outro Estado - em detrimento do *ius in bello*, direito que protege as vítimas e limita os meios e métodos da guerra. No campo do direito internacional esta proteção está materializada nas Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais.

Decorrida uma década da promulgação do Estatuto, tramita no Senado Federal o PLS 236/2012, conforme anteriormente mencionado, sendo relevante para este trabalho verificar suas implicações para o emprego das Forças Armadas, sob a égide da LC 97/99, em especial em razão da previsão do Art. 15, § 7º.

Por expressa previsão constitucional, os crimes militares são da competência da Justiça Militar. Esses crimes, para os fins previstos no texto da Carta Política, estão definidos no CPM, citado alhures, diploma legal vigente que define os limites temporais para aplicação da lei penal militar, se em tempo de paz ou em tempo de guerra (entendida esta como conflito armado). Em tempo de paz, os tipos penais militares são aqueles previstos no CPM, mesmo que com igual redação na lei penal comum (Art. 9º, I e II); em tempo de guerra, os previstos no Art. 10 (I, II e III), exigindo para esses o princípio da anterioridade penal militar, ressalvando no inciso IV, do mesmo artigo, a possibilidade de previsão apenas na lei penal comum

Entretanto, a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares em tempo de guerra, não previstos no CPM, decorre do cumprimento ao previsto no Art. 15, desse Código:

Art. 15 - O tempo de guerra, para os efeitos da aplicação da lei penal militar, começa com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização, se nele estiver compreendido aquele reconhecimento; e termina quando ordenada a cessação das hostilidades. (grifo nosso)

Assim, para que os crimes de guerra, previstos no Título XVII do Anteprojeto, sejam da competência daquela justiça especial, obrigatoriamente, deverá o Estado Brasileiro reconhecer o estado de conflito armado, seja ele de caráter internacional ou não internacional, o que é vedado pela Carta das Nações Unidas, sendo aceito, somente, o exercício da legítima defesa, em caso de ataque.

Nessa situação hipotética, um integrante das Forças Armadas no exercício de seu dever constitucional, ao ser empregado nos termos do Art. 15, da LC 97/99, estará sujeito, em tese, ao julgamento pela justiça comum.

Atualmente, é controversa, na doutrina e na jurisprudência das cortes internacionais, a definição de conflito armado não internacional nos termos em que está sendo proposto:

Art. 506 - Considera-se conflito armado não internacional todo conflito armado que não esteja coberto pelo art. 503 e que se desenrole em território de um Estado.

Parágrafo único. Não se consideram conflito armado não internacional as situações de distúrbios e tensões internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos.

Assim, demonstra ser temerária a inclusão, no corpo do CPB, de conceitos jurídicos ainda não pacificados na doutrina e na jurisprudência.

2. Conflitos armados internacionais e não internacionais

Desde a sua previsão no PROTOCOLO ADICIONAL II, a conceituação de conflito armado não internacional (CANI) é tema que não tem alcançado uniformidade.

Sede um lado conceituar o conflito armado internacional é incontroverso, em razão de que, obrigatoriamente, estarão presentes dois Estados, sem os quais tal definição não encontra eco, de outro, será tormentosa a definição de conflito armado não internacional.

O conceito de CANI deve ser buscado em duas importantes fontes: o artigo 3º comum às Convenções de Genebra, de 1949 “No caso de conflito armado sem caráter internacional e que surja no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes em luta será obrigada a aplicar pelo menos, as seguintes disposições”, e o artigo 1º, do PROTOCOLO ADICIONAL II (PA II), de 1977:

Artigo 1º - Âmbito de aplicação material

1 - O presente Protocolo, que desenvolve e completa o artigo 3., comum às Convenções de 12 de Agosto de 1949, sem modificar as suas condições de aplicação atuais, aplica-se a todos os conflitos armados que não estão cobertos pelo artigo 1.º do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo 1), e que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo.

Da análise do primeiro texto, o artigo 3º comum, verifica-se que a conceituação parte de um conceito negativo, pois trata dos conflitos que não tenham caráter internacional, ou seja, não envolvem dois ou mais Estados, e, no segundo, o artigo 1º do PA II, encontramos a controvérsia de toda busca de um conceito aceito pela doutrina e pela jurisprudência, ao menos para a majoritária.

Primeiro, porque para conceituar o CANI importa identificar e reconhecer a existência do grupo armado – organizado e sob um comando responsável, e, ainda, que aquele grupo detenha o controle de parte do território do

Estado envolvido, o que lhe permitiria executar operações tipicamente militares, contínuas e organizadas.

Reconhecer objetivamente tais características em um grupo armado determinado é tarefa das mais difíceis, em especial em decorrência da resistência dos Estados em reconhecer tal estatuto jurídico, em razão da proteção a ser dada aos combatentes assim reconhecidos.

A conceituação proposta no Art. 506, do anteprojeto, *prima facie*, permitiria que grupos armados buscassem proteção nos organismos internacionais. Nesses organismos, além das características elencadas: comando responsável, domínio territorial e capacidade operacional, outros critérios têm sido empregados para caracterizar um conflito armado como não internacional.

O Estatuto de Roma faz menção às graves violações do artigo 3º comum, em seu artigo 8(2)(d), entretanto, no mesmo artigo (parágrafo f), introduz um novo critério, o caráter prolongado das hostilidades: Transcrevo:

f) A alínea e) do parágrafo 2º do presente artigo aplicar-se-á aos conflitos armados que não tenham caráter internacional e, por conseguinte, não se aplicará a situações de distúrbio e de tensão internas, tais como motins, atos de violência esporádicos ou isolados ou outros de caráter semelhante; aplicar-se-á, ainda, a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, **quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre estes grupos.** (grifo nosso)

A redação do mencionado arquivo tem suscitado o seguinte questionamento na doutrina: se o parágrafo (2f) visa esclarecer o parágrafo (2d) ou, ao contrário, propõe um novo tipo de conflito armado não internacional.

Dada a referência explícita ao critério de duração (“conflito armado prolongado”), cabe perguntar se o parágrafo (2) (f) se limita a esclarecer os termos do parágrafo (2) (d) sem estabelecer outra categoria de conflito ou se, ao contrário, propõe um tipo diferente de conflito armado não internacional, com o qual definiria um novo âmbito de aplicação. Esta questão é objeto de controvérsia e ainda não está resolvida. (tradução livre)

O posicionamento das cortes internacionais tem refletido esta controvérsia; no julgamento perante o Tribunal Penal Internacional, no caso Lubanga Dyilo, Causa ICC-01/04-01/06-803. A redação do artigo 506, anteriormente citado, conceituando o conflito armado não internacional, não afasta a possibilidade de que atos de violência praticados contra o Estado, ou seus agentes, tenham definição distinta nas cortes internacionais. Nesse sentido, o ocorrido na República da Argentina quando um ataque a uma organização militar daquele país foi caracterizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como uma situação de conflito armado

não internacional, para os fins do Direito Internacional Humanitário. Transcrevo:

154 - A Comissão, depois de haver avaliado os fatos de maneira cuidadosa, considera que os **atos violentos que ocorreram no quartel de La Tablada, nos dias 23 e 24 de janeiro de 1989, não podem ser corretamente caracterizados como uma situação de distúrbios internos.** O que ali ocorreu não equivale a demonstrações violentas em grande escala, estudantes que jogam pedras em policiais, bandidos que tomam reféns para obter resgate, ou o assassinato de funcionários do governo por razões políticas, todas elas formas de violência interna que não reúnem as características de conflitos armados.

155. Os fatos acontecidos no quartel *La Tablada* se diferenciam das situações mencionadas, porque as ações empreendidas pelos atacantes foram atos hostis combinados, dos quais participaram diretamente forças armadas do governo, e pela natureza e grau de violência dos fatos em questão. Mais concretamente, os incursores participaram de um **ataque armado que foi cuidadosamente planejado, coordenado e executado, v.g. uma operação militar contra um objetivo militar característico: um quartel.** O oficial no comando do quartel de *La Tablada* procurou, como era seu dever, rechaçar o ataque; e o Presidente Alfonsín, no exercício de suas faculdades constitucionais de Comandante em Chefe das Forças Armadas, ordenou que se iniciara uma ação militar para recuperar o quartel e submeter os atacantes. 156. Portanto, a Comissão conclui que o **choque violento entre os atacantes e os membros das forças armadas argentinas, apesar de sua curta duração, ativou a aplicação das disposições do artigo 3º comum, assim como outras normas relevantes para a condução de conflitos internos.**² (grifo nosso)

O que motivou a decisão da CIDH foi o fato de que pessoas vinculadas ao grupo atacante questionaram o fato de não ter sido respeitado o estatuto de prisioneiro de guerra. Cumpre salientar que o Estado Argentino foi condenado.

Aspecto relevante a ser observado é que a caracterização de um conflito armado, de índole não internacional, é realizada durante ou após a sua verificação, vale dizer, não há na história o reconhecimento prévio de tais conflitos. Assim, no caso de emprego das Forças Armadas em razão da LC 97/99, a competência para processar e julgar possíveis violações aos tipos penais propostos no Título XVII será verificada quando, e se, reconhecida a existência de um conflito armado não internacional.

Dessa forma, a inclusão da conceituação de conflito armado não internacional, em tese, será temerária aos interesses do Estado Brasileiro, em razão de que as Forças Armadas ao serem empregadas em sua missão constitucional estarão, em tese, sujeitas à dupla jurisdição penal.

Considerações finais


O caminho seguido pelo presente trabalho está limitado à compreensão da inclusão, no ordenamento jurídico pátrio, de aspectos próprios do Direito Internacional Humanitário, anteriormente conhecido como Direito da Guerra, e, no Brasil, em especial no âmbito das Forças Armadas, como Direito Internacional dos Conflitos Armados.

Conforme resumidamente tratado, tal ramo do direito internacional destina-se, na realidade, em buscar organizar a condução das hostilidades, vale dizer, limitar os meios e os métodos empregados na guerra. A finalidade maior de tal ramo da ciência jurídica é minimizar os efeitos, se isto for possível, na condução da violência estatal, protegendo as pessoas e os bens não empregados diretamente no esforço da guerra. O Direito Internacional Humanitário, que não se confunde com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, regula um lapso temporal determinado, isto é, o tempo da guerra.

Assim, ao regular as relações jurídicas entre os Estados, no caso de um conflito armado internacional, ou destes e grupos determinados, no caso de conflito armado não internacional, o DIH limita aos combatentes legitimamente identificados o emprego de meios e métodos de guerra,

o que representa, na realidade, a expressão maior da violência do Estado, nesse caso para os combatentes alguns dos direitos humanos restam mitigados, em especial, pelo seu valor histórico: o direito à vida.

Ao permitir, em tese, que grupos armados nacionais possam buscar a proteção do DIH, alargando o campo de incidência do Direito Internacional Humanitário em detrimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos representa um contrassenso. A redação proposta para a conceituação dos conflitos armados poderia, em tese, estimular grupos criminosos organizados atuantes no cenário nacional a buscarem o reconhecimento do *status* de combatente, com isso integrantes de grupos criminosos estariam, legalmente, autorizados a usarem da violência contra o Estado, o que parece não ser o objetivo da reforma ora proposta.

Finalmente, a inclusão de preceitos dos Direitos Internacionais Humanitários em decorrência dos compromissos internacionais assumidos, em especial do Estatuto de Roma, não deve fragilizar a competência da Justiça Militar, principalmente, ao afastar a incidência para processar e julgar os crimes propriamente militares, como o são os crimes de guerra. 

B | M Bergher & Mattos
Advogados Associados

Advocacia Criminal



Fuga de local de acidente é crime?

Comentário ao Art. 305 do CTB

João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho | Subprocurador-Geral da República

Já se disse que o problema, no Brasil, não é a falta de leis, mas a não observância da legislação existente.

Apesar do cipoal legislativo, sempre há quem queira “mais uma”, principalmente em matéria penal, como se tipificar condutas fosse remédio mágico para evitá-las. Daí se atropelar, vez por outra, a Constituição e o bom-senso.

É o caso do Artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro, que, prevê: “Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída: Penas: detenção de seis meses a um ano, ou multa”. É a chamada “Fuga à Responsabilidade”.

De início, salta aos olhos o exagero da reprimenda: quem danifica dolosamente o veículo de outrem, praticando não “crime de trânsito”, mas o de dano previsto no art. 163 do CP, punido com detenção de 1 a 6 meses na forma simples (*caput*), ou 6 meses a três anos na qualificada (Parágrafo Único), e se evade, não comete crime algum pela fuga, mesmo que a destruição do bem seja total. Mas, quem acidentalmente arranhar o veículo de outrem, fato atípico, e, abandonar o local, estará delinquindo...

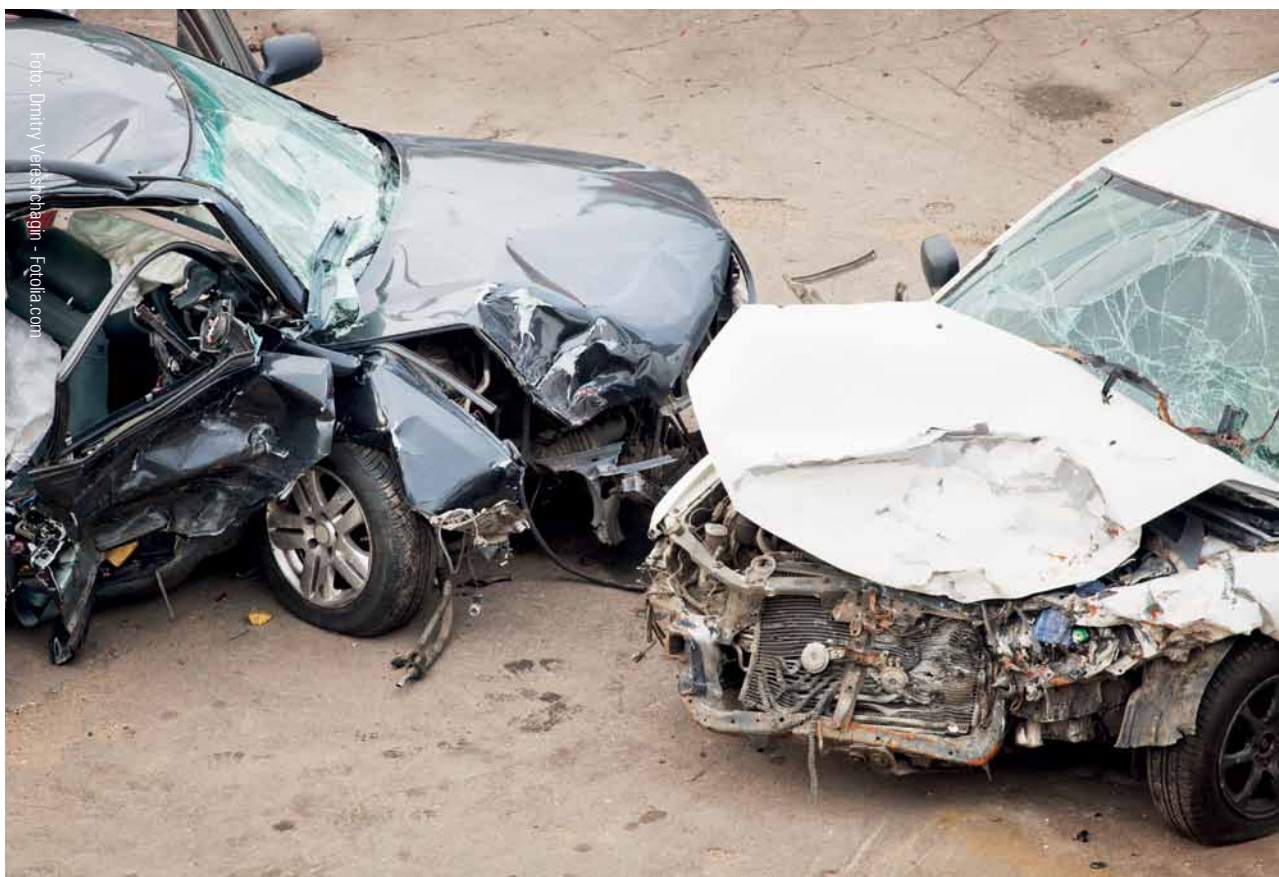
Isto para não falar de crimes mais graves, como homicídio, roubo, etc.

Mas, vamos nos ater à hipótese do art. 305. O motorista não pode “se afastar” do local. Mas, por quanto tempo seria obrigado a permanecer? Até que a autoridade ou seu agente lá comparecesse? Mas onde a lei que diz que a Polícia tem de ir ao local onde há acidente sem vítimas?! Pelo contrário, em certos Estados, como no Rio de Janeiro, há expressa determinação no sentido de que policiais não sejam desviados de sua função de garantidores da segurança pública, para se ocuparem de assunto restrito à órbita do Direito Civil.

Há, ainda, naturalmente, a possibilidade de alguém colidir com veículo estacionado, sem ocupantes. Terá, neste caso, de permanecer no local até que o proprietário apareça? E se aquele estiver passando a noite em local ignorado?

Vê-se, portanto, que, no mínimo, a lei em exame não seria auto-aplicável, carecendo de regulamentação.

O principal, entretanto, é a questão da (in) constitucionalidade, pois a Carta Magna, em seu art. LXIII dispõe que “O preso será informado de seus direitos...”, e entre os direitos de qualquer pessoa suspeita de crime está o de não produzir prova contra si mesmo, consoante o art. 8º II, §, do Pacto de São José (Costa Rica), convenção internacional de que o Brasil é signatário e em pleno vigor aqui, por observadas as formalidades legislativas devidas.




Por isso, embora ainda não haja jurisprudência firmada pelo Eg. STJ, diversos tribunais já se posicionaram no sentido da inconstitucionalidade. Veja-se, por exemplo, a Arguição de Inconstitucionalidade nº 2009.026222-9/0001,00, julgada em 1.6.2011, pelo Eg. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, assim ementada:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 305 DO CTB – FUGA DO LOCAL DO ACIDENTE PARA ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OU PENAL – INCONSTITUCIONALIDADE – VIOLAÇÃO AOS DIREITOS DE SILÊNCIO E DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO (CF/88, ART. 5º, LXIII) – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – TRATAMENTO DIFERENCIADO SEM MOTIVAÇÃO IDÔNEA – PRECEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO.

Não se pode conceber a premissa de que, pelo simples fato de estar na condução de um veículo, o motorista que se envolve em um acidente de trânsito tenha que aguardar a chegada da autoridade competente para averiguação de eventual responsabilidade civil ou penal porquanto reconhecer tal norma como aplicável seria impor ao condutor a obrigação de produzir prova contra si, hipótese vedada pela Constituição Federal por ofender o preceito da ampla defesa, (CF/88, art. 5º, LV), além de incorrer em malfeição ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII).

Ademais, estar-se-ia punindo o agente por uma conduta praticada por qualquer outro delinqüente, qual seja a evasão da cena do delito, sem que por tal conduta recebam sanção mais alta ou acarrete maior gravosidade em suas penas, estabelecendo-se forte contrariedade aos princípios da isonomia e da proporcionalidade.

Desse modo, afigura-se inviável vislumbrar outra responsabilidade penal a ser imputada ao motorista que se evade do local em que estivera envolvido em acidente de trânsito com vítima que não a omissão de socorro, situação com disposição específica no CTB (art. 304). Assim, se o condutor que se encontra nessas circunstâncias, que resultaram apenas em danos materiais, pode ter sua liberdade cerceada, está-se criando nova modalidade de prisão por responsabilidade civil, matéria que encontra limites constitucionais inestendíveis pelo legislador ordinário, o qual sofre limitação pelo art. 5º LXVII da CF/88, que impede a prisão civil por dívida, afora as hipóteses nele excetuadas”.

Ao contrário do que vem ocorrendo, o motorista deve ser visto, em princípio, como um cidadão de bem, e não como um delinqüente em potencial. Além de ir contra a Constituição, criminalizar matéria evidentemente de Direito Civil, fazendo a Polícia e a Justiça perder tempo que deveria ser gasto na defesa da sociedade, é contraproducente. 

Prefeitura do Rio dá início ao Sistema de Transporte Público Local

À frente da recém-criada Coordenadoria Especial de Transporte Complementar, o delegado Claudio Ferraz revela como funciona o STPL, novo modelo de transportes públicos da capital fluminense que irá ampliar e regularizar os serviços de vans.

Da Redação, por Ada Caperuto

Há quase 20 anos na Polícia Civil, Claudio Ferraz já atuou na Delegacia Antissequestro (DAS), mas foi como titular da Delegacia de Repressão a Ações Criminosas Organizadas (Draco) que ele se destacou no combate às ações criminosas de grupos paramilitares. Não por acaso, ele escreveu, junto com Luiz Eduardo Soares, Rodrigo Pimentel e André Batista, o livro *Elite da Tropa 2* (Nova Fronteira), que serviu de base para o filme *Tropa de Elite 2 – O inimigo agora é outro*, do diretor José Padilha.

Encabeçando a nova Coordenadoria Especial de Transporte Complementar, Ferraz explica que o STPL será composto apenas por vans e dará mais acessibilidade às regiões da cidade, resultando em maior capilaridade da rede de transportes. A ideia é padronizar um transporte que, hoje, opera com cerca de seis mil veículos irregulares – mesmo número de vans que funcionam com o subsistema Transporte Especial Complementar (TEC). O novo sistema adicionará 3.500 veículos preparados para funcionar com toda a segurança para melhor atender a população.

Leia a íntegra da entrevista:

Revista Justiça & Cidadania – Em dezembro último, o prefeito da capital, Eduardo Paes, anunciou a criação da

Coordenadoria Especial de Transporte Complementar, que será responsável pela regularização dos transportes de passageiros em vans. Como será feita esta regulamentação? Quem poderá se cadastrar para obter autorização? Quem está à frente da nova Coordenadoria? Claudio Ferraz – A prefeitura do Rio criou, em dezembro de 2012, a Coordenadoria Especial de Transporte Complementar, que está sendo coordenada por mim. Um novo modelo de operação de vans será implantado na cidade: o Sistema de Transporte Público Local (STPL), que tem como objetivo absorver e substituir o Transporte Especial Complementar – sistema atual –, além de oferecer maior organização e definir regras claras de operação. O sistema será composto apenas por vans e dará mais acessibilidade às regiões da cidade, resultando numa maior capilaridade da rede de transportes. A ideia é que o STPL seja integrado de forma física e tarifária aos subsistemas de média e alta capacidade da cidade. As permissões serão individuais e operadas por pessoas físicas que, posteriormente, firmarão, para cada linha licitada, um acordo operacional com a prefeitura do Rio. O prazo da permissão será de 10 anos, prorrogáveis por mais 10 anos, e cada permissionário terá direito a dois auxiliares por veículo.



Delegado Claudio Ferraz

JC – Qual o número total de veículos que deverão ser autorizados e quais linhas/bairros/regiões serão contempladas pelo transporte?

CF – O processo de licitação pública do STPL foi iniciado em 29 de janeiro e segue até 7 de fevereiro. Ao todo, serão licitados sete lotes, que correspondem a sete áreas de planejamento distintas da cidade, com 80 linhas sendo operadas com veículos apropriados às demandas e à estrutura física do sistema viário das regiões beneficiadas. Os lotes licitados são: Méier; Leopoldina/Ilha do Governador/Vigário Geral; Pavuna/Anchieta/Marechal Hermes; Freguesia/Taquara/Cidade de Deus/Recreio dos Bandeirantes; Santa Cruz; Rocinha e Campo Grande. Neste primeiro momento, serão licitadas 1.738 permissões. Até o fim de todo o processo, serão 3.502.

JC – Quais são os requisitos para a regularização, em termos de segurança, adequação dos veículos, entre outros aspectos?

CF – A proposta técnica será julgada em dois critérios. O primeiro, com maior peso, será baseado em dados do licitante e avaliará aspectos como: tempo de cadastro ativo, multas ativas nos últimos 12 meses, experiência anterior na condução de veículos de transporte coletivo

remunerado, tempo de habilitação, cursos e escolaridade. As características do veículo, como idade e tempo, também serão avaliadas.

JC – O serviço de vans, até hoje, era considerado “complementar”. Como ficará categorizado este tipo de transportes?

CF – O STPL funcionará como um alimentador da rede estrutural de transportes da cidade, composta por ônibus, trem metrô e BRT (Bus Rapid Transit). O novo Sistema de Transporte Público Local servirá como alimentador dos principais modais, inclusive o BRT. Desta forma, a população poderá pegar uma van e seguir sua viagem nos BRTs, trens, ônibus ou metrôs para participar de um evento esportivo, por exemplo.

JC – Hoje, quando ainda não está implantando oficialmente o serviço, qual o número estimado de vans que operam na cidade e no estado, ainda que ilegalmente?

CF – Existem cerca de 6.000 vans funcionando com o subsistema Transporte Especial Complementar (TEC). Estima-se que a cidade tenha o mesmo número de vans irregulares.



JC – Havia uma preocupação específica, por parte do governo do Estado, relacionada às cooperativas que existiam ao redor do fornecimento deste serviço, vinculando estes grupos a uma possível fonte de ameaça de formação de milícias e, conseqüente, fortalecimento do tráfico de drogas. De que maneira a prefeitura pretende passar a oferecer este serviço e evitar que os temores demonstrados pela administração estadual se concretizem?


CF – O foco da Coordenadoria Especial de Transporte Complementar será a fiscalização do serviço e o combate aos veículos que funcionam de forma ilegal. Operações semelhantes às blitzes da Lei Seca serão feitas para reprimir os piratas, antes mesmo antes do processo de licitação ser concluído. Sobre as possíveis denúncias no âmbito da segurança, elas serão apuradas pela Secretaria de Segurança Pública e pelo Ministério Público, que são nossos parceiros no processo.

JC – A população conta com o sistema que pode ser considerado bastante eficiente de cobrança de tarifas, por meio da RioCard, que viabiliza, inclusive, cartões específicos para determinados grupos/serviços. Isso

poderá ser estendido às vans, incluindo as tarifas dos diferentes tipos de Bilhete Único?

CF – O novo sistema terá tarifa idêntica a dos ônibus e fará parte do Bilhete Único Carioca (BUC). Desta forma constituirá uma rede integrada com outros meios de transporte de maior capacidade. As novas linhas vão funcionar em locais onde a demanda não justifique a operação do ônibus. Os veículos serão monitorados por GPS e vão operar em dois turnos de 12 horas cada, contemplando também o horário noturno.

JC – A partir do ano que vem, a cidade do Rio de Janeiro deverá ter um fluxo maior de pessoas, uma circulação aumentada nos transportes urbanos, em função da proximidade da Copa do Mundo de Futebol. Esta é uma das motivações para a criação do novo sistema? A implantação prevê as exigências dos organizadores do evento em relação aos transportes das cidade-sedes dos Jogos?

CF – O sistema de transporte que servirá de legado para os Jogos Olímpicos de 2016 é o BRT. A criação das quatro linhas de corredores expressos – Transoeste, Transcarioca, Transolímpica e Transbrasil – faz parte do caderno de encargos dos Jogos. 

O sistema “*built to suit*” e a Lei nº 12.744/12

Sylvio Capanema de Souza

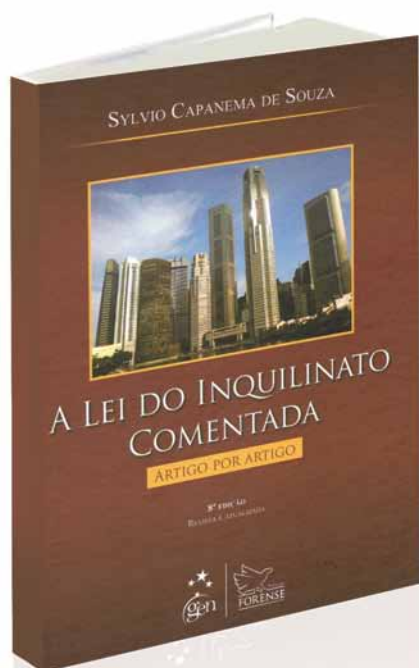
Desembargador aposentado do TJRJ
Membro do Conselho Editorial

Nota da Redação

O livro comenta, artigo por artigo, a Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), inclusive as recentes alterações nela introduzidas pela Lei 12.112/09 e 12.744/12.

Em linguagem acessível a qualquer leitor, seu objetivo primordial é o de contribuir para um maior conhecimento e correta aplicação da legislação inquilinária, de elevada densidade social e econômica, destinando-se não só a magistrados e advogados, como a todos que sejam locadores ou locatários.

A melhor compreensão do regime jurídico da locação do imóvel urbano contribuirá, por certo, para prevenir litígios e fortalecer o mercado imobiliário, reduzindo o contencioso locativo, que tanto asseberba o Poder Judiciário.



Uma das razões que explicam a longevidade da Lei do Inquilinato, que vigora, praticamente inalterada, desde 1991, foi a necessidade de se adotar um sistema equilibrado para a relação locatícia imobiliária urbana, preservando sua equação econômica, de modo a atender os interesses de locadores e locatários.

Alcançou-se, assim, a esperada estabilidade jurídica e econômica, para um mercado de relevante densidade social, e até então tumultuado, nervoso, em que as partes se comportavam como exércitos inimigos.

Uma das perversas consequências deste clima caótico era o crescimento do déficit habitacional, em razão do desestímulo para que se investisse na construção de novas unidades destinadas à locação.

Mas, por melhor que tenha sido a lei, não poderia ela resistir, imaculada, durante mais de duas décadas, em que profundas mudanças econômicas vieram a ocorrer em nossa sociedade.

A Lei 12.112/09, por exemplo, introduziu necessárias modificações de natureza processual, com o objetivo



Sylvio Capanema, desembargador do TJRJ

nítido de agilizar a entrega da prestação jurisdicional nas chamadas ações locatícias cujo retardamento já vinha provocando turbulências no mercado.

Não alterou, entretanto, as regras de direito material, no que concerne ao regime jurídico das locações residenciais e não residenciais.

Ocorre que o crescimento quase explosivo do mercado imobiliário, em todos os seus segmentos, produziu o surgimento de novos modelos de locação, aos quais já não se aplicavam, adequadamente, as regras gerais da Lei 8.245/91, elaborada em época ainda bastante tradicional.

Um dos mais engenhosos e de sofisticada estrutura jurídica, é o sistema conhecido como “*built to suit*”, cuja equação econômica é complexa, a exigir cuidadoso planejamento.

Neste novo modelo, o locador, que em geral é um investidor, adquire um imóvel, promovendo, por si mesmo, ou por outrem, a construção ou a sua substancial reforma, atendendo às especificações de um terceiro, que assume, previamente, o compromisso de alugá-lo, por

tempo determinado e aluguel já avençado, de modo a remunerar o investimento feito pelo locador.

Trata-se, portanto, de um empreendimento, sempre de grande vulto, o que vem atraindo, cada vez mais o interesse de fundos imobiliários, inclusive estrangeiros, além de entidades de previdência privada, todos dispostos a investir no mercado de locações corporativas, atraídos pela sua rentabilidade, além da maior segurança, já que está livre das oscilações das bolsas de valores. Para os locatários, a opção pelo “*built to suit*” pode representar significativas vantagens tributárias, já que o preço será considerado despesa e não investimento.

Vislumbra-se, assim, na estrutura interna do sistema, uma promessa de locação, feita pelo terceiro interessado, que assim evita imobilizar expressivo capital na compra do terreno e na construção, além da vantagem de poder se instalar em imóvel adequado às suas necessidades físicas, cujas especificações são por ele formuladas.

Não será difícil perceber que o investidor dispense elevadas somas, para operacionalizar o empreendimento global, com o objetivo de, através dos futuros e garantidos aluguéis, já avençados, remunerar o capital investido.

Para o êxito do modelo é indispensável: (i) que o tempo de duração do contrato seja suficientemente longo para que o locador recupere o que investiu e realize sua remuneração; (ii) que o aluguel represente o real valor do mercado, e não possa ser reduzido; (iii) que seja vedada a denúncia antecipada do contrato, por iniciativa do locatário, salvo pagando adequada multa compensatória.

Na redação original do art. 4º da Lei nº 8.245/91, assegura-se ao locatário o direito potestativo de devolver o imóvel ao locador, antes do advento do termo final do contrato, pagando a multa prevista, ou a que vier a ser arbitrada judicialmente.

Ocorre que a construção pretoriana considera abusiva a estipulação de multa de valor superior a três meses do aluguel vigente, à época da denúncia, e ainda a reduzindo proporcionalmente ao tempo do contrato já cumprido.

Se isto ocorrer, restando tempo considerável para o término do contrato, o prejuízo do locador será expressivo, tendo em vista que receberá ele um imóvel, em geral de grandes dimensões, e que dificilmente conseguirá alugar a terceiro, já que foi construído segundo as necessidades e especificações do próprio locatário.

Além de deixar de perceber os aluguéis, passará a arcar, por tempo indeterminado, com os impostos e taxas que recaem sobre o imóvel.

Do mesmo modo, eventual redução do aluguel pela via da ação revisional, manejada pelo locatário, romperá a equação econômica do contrato.

Estas razões nos levaram, desde o surgimento do novo modelo, a sustentar a imperiosa necessidade de se afastar

dele a incidência integral das regras da Lei nº 8.245/91, que poderiam inviabilizá-lo.

Daí aplaudirmos, com entusiasmo, o advento da Lei nº 12.744 de 19/12/12, que atendeu a estas exigências empresariais preservando o sistema “*built to suit*”, que tem proporcionado grande desenvolvimento do mercado, especialmente no setor de locações corporativas, de elevado valor, o que justifica a advertência do legislador de que as alterações introduzidas só se aplicam às locações não residenciais.

Segundo o que agora dispõe a Lei 12.744/12, no sistema “*built to suit*”, as partes poderão estipular, livremente, condições especiais, tal como ocorre com as locações de espaços em Shopping-Centers.

Amplia-se, assim, a autonomia privada, o que decorre do fato de se equivalerem economicamente as partes, dispensando a intervenção estatal, ou, pelo menos, a reduzindo.

Como consequência imediata, poder-se-á ajustar, para o caso de denúncia antecipada do contrato, por iniciativa do locatário, multa adequada, que compense, realmente, o prejuízo do locador, mas que não poderá ultrapassar a soma dos aluguéis vincendos, até o advento do termo final do contrato.


Também se admite a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis, seja durante todo o prazo do contrato ou durante certo tempo.

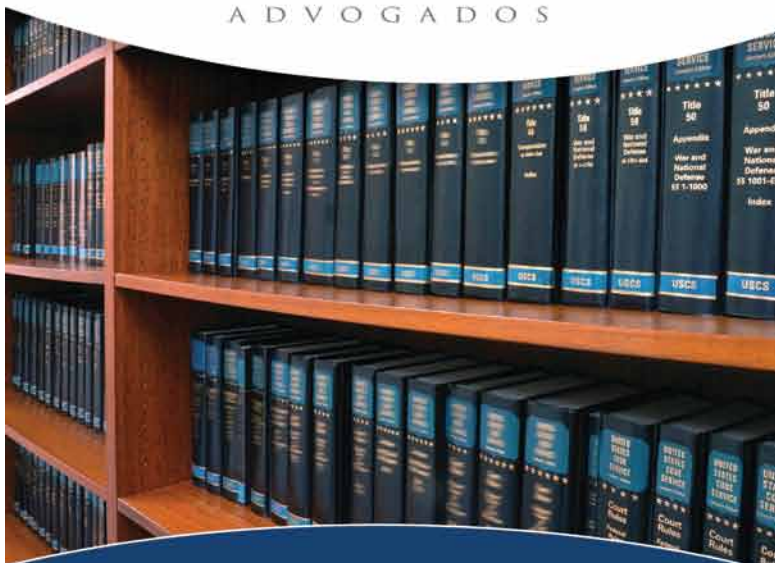
Este dispositivo, entretanto, pode, no futuro, gerar conflitos e vacilações doutrinárias e pretorianas.

Isto porque, como já foi assinalado, o sistema “*built to suit*” exige que os contratos sejam celebrados por prazo longo, geralmente de 25 anos, ou mais, o que, em princípio, é do interesse do locador e do locatário.

Durante a vida do contrato poderão surgir expressivas modificações na economia, tornando-o excessivamente oneroso para uma das partes.

Neste caso, eventual revisão do locativo deve ser considerada com extrema prudência pelo Judiciário, e em situações excepcionais, para se preservar a comutatividade inaugural do contrato, atendendo-se às suas peculiaridades. Considerando os novos ares que regem as relações contratuais e os princípios mais relevantes como a boa-fé objetiva, é recomendável que nas negociações preliminares, as partes estabeleçam que na formação do preço o principal fator é o retorno esperado do investimento feito e não apenas uma fração do valor do imóvel, como se dá nas locações comuns.

Só nos resta agora aguardar que o tempo comprove que foram úteis as mudanças, e esperando que proporcionem elas o crescimento e consolidação do modelo “*built to suit*”, o que é do interesse de toda a sociedade. 



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

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

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

ÁREAS DE ATUAÇÃO

DIREITO TRIBUTÁRIO • DIREITO CIVIL

DIREITO COMERCIAL • DIREITO SOCIETÁRIO

DIREITO PREVIDENCIÁRIO • DIREITO DO TRABALHO

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

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

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

Justiça Militar, segurança pública e democracia

Fernando Armando Ribeiro

Vice-presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais
Professor da PUC-Minas

A Justiça Militar, como ramo especializado do Poder Judiciário, é ainda uma desconhecida da maior parte dos cidadãos e mesmo dos profissionais do Direito. Assim, faz-se alvo de críticas que, na maioria das vezes, apenas atestam este desconhecimento. A incompreensão começa pelo nome. Ao confundir o adjetivo militar com militarismo, e este com autoritarismo e autocracia, muitos são levados a pensar que as Justiças Militares sejam um legado de regimes despóticos que se instalaram no Brasil. Nada mais falso! A Justiça Militar federal, que possui jurisdição sobre as forças armadas nacionais, é na verdade o mais antigo órgão do Poder Judiciário no Brasil, sendo criado 4 anos antes do próprio Supremo Tribunal, quando da vinda da família real para o Brasil, em 1808. No que diz respeito às Justiças Militares estaduais, foi com a Constituição (democrática) de 1934 que foi lançado o fundamento normativo para a sua criação.

A partir da Emenda Constitucional 45 de 2004 houve substancial alteração da competência da Justiça Militar estadual, a qual, além de processar e julgar os crimes militares previstos no Código Penal Militar, assumiu também competência cível, antes pertencente a Varas da Fazenda Pública e Autarquias da Justiça Comum. Todavia, como campeia o desconhecimento sobre a

Justiça Militar, muitos ainda não se deram conta desta realidade, 8 anos depois (!!!) e, quando se referem aos números da Justiça Militar estadual, fazem menção apenas a seus feitos criminais.

Muito ao contrário de ser uma “justiça corporativa”, como alguns pretendem dizer, a Justiça Militar é muito mais severa na aplicação de penas do que a Justiça comum. Prova disso tem sido as inúmeras exceções de incompetência e *habeas corpus* impetrados por militares que pretendem transferir os julgamentos da Justiça Militar para a Justiça comum.

A fundação da modernidade foi marcada pelo compromisso dos homens com determinados valores então convertidos em preceitos jurídicos de força normativa constitucional. Entre eles, destaca-se, com grande evidência, a segurança pública. Segundo filósofos do porte de Hobbes, Locke e Rousseau, sua busca constitui-se na razão de ser da própria criação do Estado de Direito. Sua presença reflete-se tanto na declaração de 1789, como na célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que no seu artigo 3º dispõe que: “Todo indivíduo tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Ao contrário do que alguns pretendem fazer crer, segurança pública é sim direito fundamental de primeira grandeza! No Brasil, esta carece

A melhor resposta àqueles que insistem em desmerecer a Justiça Militar é o convite a conhecer sua história, importância e efetividade atuais para as instituições militares estaduais.



de concretização e efetividade, não de redução do aparato institucional voltado para garanti-la.

A Justiça Militar é a responsável pela manutenção da ordem no interior das instituições militares, instituições estas que possuem a atribuição constitucional de garantia e preservação da ordem democrática brasileira. Como já deixou consignado o Min. Ayres Britto, em voto lapidar proferido como presidente do Supremo Tribunal Federal, a ordem democrática é “o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da tripartição dos poderes e o modelo das Forças Armadas” (HC 103.684/DF).

A preservação da ordem das corporações militares adquire, pois, estatura constitucional, e os princípios da hierarquia e disciplina veem-se incorporados ao princípio constitucional da ordem democrática. Pois não podem concorrer para a preservação da ordem democrática as instituições militares que não conseguirem preservar a ordem interna às próprias corporações. Recentes e tristes eventos ocorridos em Estados como a Bahia e o Rio de Janeiro, destituídos de Tribunais de Justiça Militar, evocam a reflexão de outro grande presidente do STF, o Min. Carlos Velloso, para quem, “sem as Justiças Militares, as instituições militares correriam o risco de

se tornarem bandos armados”. Ademais, ao pensarmos no quadro de atentados e violações que tem ocorrido em São Paulo e ameaça espalhar-se pelo país, devemos ter presente a realidade de que ordem e disciplina nas instituições vinculadas à segurança pública tornam-se imperativos fundamentais para evitarmos a formação de milícias e soluções paralelas ao Estado. Afinal, como bem adverte Lênio Streck, “este é o caminho para a barbárie. Um enfrentamento *ad hoc*. Fora das redes oficiais. Aí, sim, veremos a guerra!”

A melhor resposta àqueles que insistem em desmerecer a Justiça Militar é o convite a conhecer sua história, importância e efetividade atuais para as instituições militares estaduais. É perguntar a população se pensa ser desejável ou razoável que a apreciação de crimes e infrações cometidas pelos militares entre na vala comum do andamento processual da Justiça brasileira que, devido ao próprio número excessivo de processos, não conseguiu ainda superar o drama da morosidade? É convidar todos os brasileiros a uma instigante reflexão: será que o fato dos três melhores quadros da polícia militar no Brasil encontrarem-se justamente nos Estados que possuem Tribunais de Justiça Militar (Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo) é mera coincidência?

Incorporações imobiliárias e responsabilidade civil

Otávio de Abreu Portes - Desembargador do TJMG

Rubens Augusto Soares Carvalho - Assessor Judiciário no TJMG

Alguns conceitos de definições básicas

As incorporações imobiliárias são disciplinadas em nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 4.591/64, incumbindo-se o artigo 28, parágrafo único da citada norma em defini-las nos seguintes termos:

(...) considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

A incorporação pode envolver a participação de até três sujeitos distintos: o *adquirente* da fração ideal que futuramente converter-se-á em unidade imobiliária autônoma, o *incorporador*, e eventualmente um *construtor* contratado para a execução da obra. Vale dizer, há casos em que há fusão entre as figuras do incorporador e do construtor, aglutinando-se estes dois papéis num único só.

Com efeito, a definição legal do incorporador está descrita no artigo 29 da Lei nº 4.591/64, donde de se infere que:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e

responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Desse modo, o incorporador aliena frações ideais de terreno aos adquirentes, frações estas vinculadas a unidades imobiliárias autônomas a serem construídas, ou em construção, obrigando-se à sua conclusão e entrega no prazo acertado aos compradores.

Regimes de construção das unidades imobiliárias

Nos termos do artigo 48 da Lei nº 4.591/64, a construção das unidades autônomas, objeto da incorporação, pode ocorrer basicamente de duas maneiras: por empreitada ou por administração.

No regime de empreitada – artigo 55 da Lei, a alienação da fração ideal pode ser feita por preço fixo ou reajustável segundo índices previamente determinados no contrato. Como é de se supor, no primeiro caso, o preço da construção será irremovível, independentemente das variações que sofrer o custo efetivo das obras e quaisquer que sejam suas causas.

Já na empreitada a preço reajustável, o valor fixado no contrato será reajustado na forma e nas épocas nele expressamente previstas, em função da variação dos índices adotados, também previstos obrigatoriamente no instrumento.

De outro lado, no regime de construção por administração ou “preço de custo”, disciplinada pelo



Desembargador Otávio de Abreu Portes e Rubens Augusto Soares Carvalho, assessor judiciário

artigo 58 da Lei nº 4.591/64, é de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral de obra.

Explica Francisco Maia Neto, engenheiro e advogado, em artigo publicado no jornal Estado de Minas, coluna “Mercado Imobiliário”:

O regime de construção denominado preço de custo, ou por administração, é aquele que os compradores irão arcar com a totalidade das despesas alocadas no empreendimento, na proporção das frações ideais do terreno correspondente às respectivas unidades autônomas. Nesta hipótese, o vendedor se obriga à construção do imóvel segundo os critérios ditados pelos compradores, através de uma Comissão de Representantes, que é o órgão fiscalizador da incorporação e que cumpre o papel de intermediária entre os condôminos e o construtor-incorporador. (in <http://www.precisao.eng.br/fmnresp/regime.htm>. Acesso: 03/12/2012.)

Ou seja, nessa modalidade de incorporação imobiliária, o incorporador é responsável unicamente pela execução da obra, em conformidade com as deliberações dos condôminos/adquirentes e de acordo com os aportes econômicos realizados por estes.

Responsabilidade civil

A responsabilidade do construtor decorre de uma relação jurídica de empreitada, ou seja, onde uma das partes, o empreiteiro, se obriga a realizar uma obra por

intermédio de terceiros ou pessoalmente, recebendo uma remuneração que é fornecida pelo proprietário da obra.

Destarte, a obrigação daí decorrente é de resultado, pelo que lhe incumbe executar a obra tal como planejada, devendo garantir sua solidez, segurança e durabilidade, nos termos do artigo 628 do Código Civil de 2002:

Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Nesse sentido a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

A responsabilidade do construtor é de resultado, como já assinalado, porque se obriga pela boa execução da obra, de modo a garantir sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para qual foi encomendada. Defeitos na obra, aparentes ou ocultos que importem sua ruína total ou parcial, configuram violação do dever de segurança do construtor, verdadeira obrigação de garantias (ele é o garante da obra), ensejando-lhe o dever de indenizar independentemente de culpa. Essa responsabilidade só poderá ser afastada se o construtor provar que os danos resultaram de uma causa estranha – força maior,

fato exclusivo da vítima ou de terceiro, não tendo aqui, relevância o fortuito interno.

O incorporador, ao seu turno, também responde integralmente pelo empreendimento. Apesar de a responsabilidade pela construção ser do construtor, o incorporador responde solidariamente por todos os prejuízos causados aos adquirentes como decorrência do contrato, submetendo-se ambos às normas de proteção do consumidor, ressalvado direito regressivo contra o causador direto do dano.

Desse modo, a impontualidade na entrega da unidade compromissada ao adquirente também é suscetível de atrair a responsabilidade do incorporador/construtor, caso o atraso decorra como consequência de fato a ele imputável. Nada obstante, em se tratando de incorporação por administração ou “preço de custo”, alhures esmiuçada, tal pode ser elidida em caso de inadimplência dos adquirentes das unidades, vez que, como explicitado, o cumprimento dos prazos e do cronograma, neste caso, está diretamente condicionada ao montante de recursos disponibilizados pelos compradores.

Nesse sentido, confira-se o aresto abaixo, de minha lavra, recentemente julgado à unanimidade pela 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E LEGISLAÇÃO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COMINATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. ATRASO NA ENTREGA DE OBRA. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA CONTRATADA PELO REGIME DE ADMINISTRAÇÃO OU DE ‘PREÇO DE CUSTO’. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DELIBERADA PELOS PRÓPRIOS CONDÔMINOS. ALTERAÇÃO DO CRONOGRAMA DA OBRA. IMPONTUALIDADE DO ADQUIRENTE. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR. INEXISTÊNCIA. 1. Pertinente à legitimidade ad causam ou qualidade para agir, diz-se que no pólo ativo deve figurar aquele sujeito que, ao menos em princípio, titularize o direito subjetivo cuja violação é afirmada. No pólo passivo deve constar a parte violadora desse mesmo direito, e que suportará os efeitos de eventual sentença de procedência do pedido inicial. Em contrato de incorporação imobiliária, a empresa que participou efetivamente de tal negócio jurídico na condição de administradora/construtora responde por eventual descumprimento do avençado, ficando rechaçada a tese da sua ilegitimidade passiva. 2. Nos termos do artigo 58 da Lei nº 4.591/, na modalidade de incorporação imobiliária contratada pelo regime de administração ou por ‘preço de custo’, o construtor/incorporador é responsável unicamente pela execução da obra em conformidade com as deliberações

dos condôminos/adquirentes e de acordo com os aportes econômicos realizados por estes. Logo, para se aferir a responsabilidade do executor, há de se investigar se o atraso na entrega decorreu de circunstâncias criadas por ela próprio ou como cumprimento das deliberações tomadas pelos condôminos/adquirentes. 3. Ficando evidenciado que o atraso na conclusão do empreendimento ocorreu em razão de “defasagem do custo da obra, o que afetou o cronograma financeiro, ocasionando a adaptação do cronograma físico”, aliado à impontualidade de alguns dos condôminos, fica rechaçada a responsabilidade do construtor.” (TJMG – Apelação Cível nº 1.0145.10.067064-8/002. Relator: Desembargador Otávio de Abreu Portes. Publicado o dispositivo do acórdão em: 27/11/2012 – destaque inexistente no original).

A execução imperfeita da obra, em desconformidade com o projeto da unidade construída (p.ex., ausência de vagas individuais de garagem, inicialmente prometidas aos adquirentes), também pode representar a responsabilidade do incorporador. O exemplo acima foi colhido em caso concreto onde decidi pela não responsabilização do condomínio formado pelos adquirentes, vez que o contrato é firmado com o incorporador, razão pela qual somente este poderia em tese descumprir-lo, o que de fato ocorreu, no caso, com relação às citadas vagas. Ou seja, o condomínio não foi responsável pela falha técnica do projeto, sendo impertinente e impensável a penalização dos condôminos, aí incluídos os próprios autores, por tal defeito.

Confira-se a ementa do julgado a que se faz referência:

EMENTA: DIREITO CIVIL, LEGISLAÇÃO ESPECIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. REGIME DE ADMINISTRAÇÃO OU “POR PREÇO DE CUSTO”. PROJETO CONCLUÍDO SEM A PROMETIDA VAGA DE GARAGEM. CONDOMÍNIO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. NÃO VERIFICAÇÃO. ATRASO NA ENTREGA DA UNIDADE IMOBILIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER CONTRIBUIÇÃO DO CONDOMÍNIO. PEDIDO IMPROCEDENTE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Nos termos do artigo 58 da Lei nº 4.591/64, na modalidade de incorporação imobiliária contratada pelo regime de administração ou por “preço de custo”, o construtor é responsável unicamente pela execução da obra em conformidade com as deliberações dos condôminos/adquirentes e de acordo com os aportes econômicos realizados por estes. 2. **Sendo os incorporadores, e não o condomínio, responsáveis pela atecnia do projeto de incorporação, fazendo dele constar a previsão de vagas de garagem individuais que depois se souberam fisicamente inexequíveis, não há que se falar em resolução contratual e nem responsabilidade civil em face deste.** 3. Pertinente ao atraso na entrega da unidade imobiliária, também não se

vislumbra qualquer contribuição do condomínio para tanto, até porque o cumprimento dos prazos, como dito, depende nesses casos de inúmeras circunstâncias variáveis (preço da mão-de-obra, materiais, a estrita pontualidade dos aportes financeiros por parte dos adquirentes, etc.) a serem geridas pela comissão de representantes, podendo eventual responsabilidade ser estendida, quando muito, à construtora contratada para erigir a edificação. Destarte, ainda que decorresse de eventual má-gestão dos recursos, o que também não se comprova, a indenização cabível nessa quadra deveria ser buscada individualmente em face da comissão de representantes eleitos para gerir a administração da obra, e/ou da construtora responsável, e não ser deduzida em face dos próprios condôminos, como pretendido pelos apelantes.” (TJMG – Apelação Cível nº 1.0155.08.018480-9/002. Relator: Desembargador Otávio de Abreu Portes. Publicado o dispositivo do acórdão em: 27/11/2012 – destaque inexistente no original).

Impositivo destacar, nesse viés, novamente invocando o magistério de Sérgio Cavalieri Filho, que o só fato de ter sido incumbida a obra a terceiro (construtor) não mitiga ou elide a responsabilidade do incorporador, pois:

O incorporador continua responsável porque é o contratante. Responde também o construtor, porque é causador direto

do dano, e tem responsabilidade legal, de ordem pública, de garantir a solidez e segurança da obra em benefício do seu dono e da incolumidade coletiva, conforme já demonstrado.

Arnaldo Rizzardo pontua a respeito que:

Tanto que se impõe a responsabilidade solidária da dona da obra e do construtor, o mesmo acontece relativamente ao incorporador e ao construtor. O incorporador figura como o contratante junto aos adquirentes das unidades, enquanto o construtor é considerado o causador direto do dano. No entanto, os adquirentes de unidade têm ação direta contra o incorporador, facultando-se-lhes via responsabilizando o construtor. Caso não acionado o ultimo, e se vier atender a postulação, reserva-se-lhe o direito de regresso, a fim de reembolsar-se do montante pago.

De relevo apontar, nesse particular, para o diálogo das fontes que autoriza a incidência plena do Código de Defesa do Consumidor, sem que se excluam as regras específicas constantes da Lei nº 4.591/64, destacando-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Recurso especial. Processual Civil e Civil. (...). **Os contratos de promessa de compra e venda em que a incorporadora se obriga à construção de unidades imobiliárias, mediante**

& Técio Lins e Silva
& Ilídio Moura
ADVOGADOS ASSOCIADOS

Experiência e tradição
de mais de 80 anos

Rio de Janeiro

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

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

Brasília

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

financiamento, enseja relação de consumo sujeita ao CDC, porquanto a empresa enquadra-se no conceito de fornecedora de produto (imóvel) e prestadora de serviço (construção do imóvel nos moldes da incorporação imobiliária). Detém o Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública em que se postula a nulidade de cláusula contratual que autoriza a constituição de hipoteca por dívida de terceiro (ENCOL), mesmo após a conclusão da obra ou a integralização do preço pelo promitente comprador. Não se admite, em recurso especial, a revisão do critério adotado pelo Tribunal a quo, por equidade, na fixação dos honorários advocatícios, em vista da impossibilidade de, nesta via, se reexaminar provas. Recurso Especial não conhecido. (REsp 334.829/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/11/2001, DJ 04/02/2002, p. 354)

Assim é que, a despeito do tratamento legal específico da Lei nº 4.591/64, o incorporador pode vir a ser responsabilizado civilmente segundo as regras estampadas no Código de Defesa do Consumidor, isto é, por fato do produto e/ou por vício do produto. Os autores do anteprojeto germinador da lei de proteção do consumo explicam a respeito que:

Entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à sua integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou de terceiros. (in “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto).

Possível concluir que o vício do produto consubstancia defeito relacionado à plena prestabilidade do bem imóvel adquirido, como decorrência de um descompasso no sinalagma entre prestação acertada (construção e entrega da unidade) e a contraprestação respectiva (pagamento do preço estipulado).

Desse modo, citando exemplos de Rodrigo Azevedo Toscano de Brito, problemas com a qualidade da pintura, revestimentos e funcionamento das instalações hidráulicas, constituem vícios do produto nos termos do CDC, porque diminuem o valor patrimonial do imóvel. Este vício pode ser também quantitativo, se o imóvel apresenta dimensão mais de 5% inferior ao prometido.

Já o fato do produto consiste no defeito de qualidade ou quantidade que, além de afetar a prestabilidade da unidade autônoma, coloca em risco, de alguma forma, a segurança e a incolumidade do adquirente (consumidor direto) ou terceiro (*bystander* ou consumidor por equiparação – artigo 17 do CPC), sujeitando-os aos chamados acidentes de consumo.


Em qualquer das hipóteses, a responsabilidade do incorporador é objetiva, ou seja, independe da demonstração de sua culpa. Tratando-se de fato do produto, prescreve em cinco anos a pretensão de reparação dos danos causados, contados da data do efetivo conhecimento do dano e de sua autoria (artigo 27 do CDC).

No caso de vício do produto de fácil constatação, o prazo para propositura da competente ação escoa em noventa dias, por se tratar de bem durável. Porém, se o defeito for oculto, portanto não constatável de imediato, o prazo é contado do conhecimento do vício.

Destaca-se, em remate especial quanto a este último ponto, o conflito aparente de regras constantes do CDC e do Código Civil já que, no artigo 618 deste Diploma Civil, ao se tratar dos contratos de empreitada, estipula-se o prazo de cento e oitenta dias, seguidos ao surgimento do vício, para a propositura da ação objetivando o ressarcimento ou abatimento proporcional do preço. Em virtude disso, tem-se entendido que, por se tratar de norma mais benéfica ao consumidor, parte hipossuficiente da relação jurídica, sua aplicação deve ser preferida ao artigo 26 do CDC, em autêntico diálogo de complementaridade entre estas fontes.

Conclusão

Em síntese do exposto, concluímos ter a Lei 4.591/64, traçado os direitos e obrigações recíprocas do incorporador e do comprador da unidade imobiliária autônoma, estabelecendo autêntico microsistema de proteção às partes envolvidas, com especial trato à parte mais fraca desta modalidade especial de relação jurídica, qual seja, o adquirente.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor, enquanto microsistema que irradia disciplina pelo direito contratual, também não pode ser excluído das relações de aquisição de imóveis e construção por incorporação imobiliária. Com efeito, tais contratos, de regra formalizados por adesão, refletem a figura do incorporador como fornecedor de bens e serviços, e a do adquirente como consumidor direto, tratando-se a unidade adquirida como bem de consumo, sendo portanto perfeitamente possível a responsabilização daquele por eventual acidente de consumo ou vício do produto, segundo as regras de proteção consumerista. 

Referências bibliográficas

- CAVALIERI FILHO, S. Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª Edição. Editora Atlas, 2012.
- RIZZARDO, A. *Responsabilidade Civil*, 5ª Edição. Editora Forense, 2011.
- PELLEGRINI GRINOVER, A.; WATANABE, K.; NERY JÚNIOR, N. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 10ª Edição. Forense Universitária, 2011.
- TOSCANO DE BRITO, R. *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*. 1ª Edição. Editora Saraiva, 2006.

Dirceu estrebucha

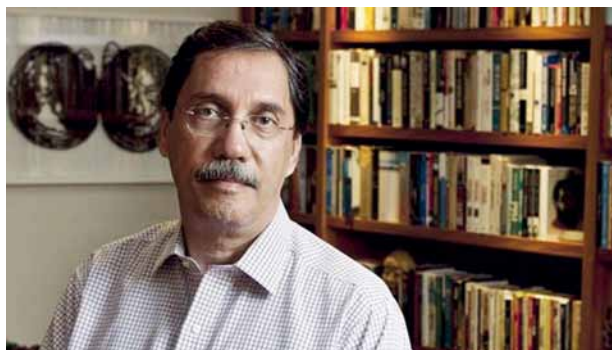
Merval Pereira | Jornalista

Mais uma vez o ex-ministro José Dirceu, condenado por corrupção ativa e formação de quadrilha no processo do mensalão estrebucha e tenta, a partir de uma declaração do Procurador-Geral da República Roberto Gurgel, vender para a opinião pública a ideia que foi condenado sem provas, e que é inocente. Uma típica manobra política, pois no campo jurídico seu comentário não tem a menor importância nem valor para embargos infringentes, que são os únicos recursos que ainda restam a seus advogados. Mesmo assim, só poderá fazê-lo quanto à condenação de formação de quadrilha, onde teve quatro votos absolutórios, mínimo exigido para recorrer. Quanto à corrupção ativa, Dirceu foi condenado por 8 a 2.

Gurgel, em entrevista à Folha, voltou a comentar as provas contra Dirceu, que um dia classificou de “torrenciais”, e explicou que elas não são diretas. “Em nenhum momento nós apresentamos ele passando recibo sobre uma determinada quantia ou uma ordem escrita dele para que tal pagamento fosse feito ao partido ‘X’ com a finalidade de angariar apoio do governo. Nós apresentamos uma prova que evidenciava que ele estava, sim, no topo dessa organização criminosa”.

Estava repetindo o que dissera no julgamento, quando apresentou José Dirceu como o homem que detinha o “controle final do fato”, o poder de parar a ação ou autorizar sua concretização. Foram apresentadas testemunhas de que ele é quem realmente mandava no PT então, como lembrou Gurgel na entrevista de ontem: depoimentos de políticos que diziam que qualquer acordo feito com Delúbio Soares ou José Genoíno só era válido depois que comunicavam a Dirceu por telefone; a reunião em Lisboa entre a Portugal Telecom, Valério e um representante do PTB que foi organizada por ele; indícios claros da relação de Dirceu com os bancos Rural e BMG, desde encontros com a então presidente do Rural, Kátia Rabello, até o emprego dado à sua ex-mulher no BMG e empréstimo para compra de apartamento.


O presidente do STF, Ayres Britto, já naquela ocasião rebatendo as críticas, teve o cuidado de explicitar com bastante clareza o método que estava sendo utilizado durante o julgamento: “(...) Prova direta, válida e obtida em juízo. Prova indireta ou indiciária ou circunstancial, colhida em inquéritos policiais, parlamentares e em processos administrativos abertos e concluídos em outros poderes públicos, como Instituto



Nacional de Criminalística e o Banco Central da República”. (...) “Provas circunstanciais indiretas, porém, conectadas com as provas diretas. Seja como for, provas que foram paulatinamente conectadas, operando o órgão do Ministério Público pelo mais rigoroso método de indução, que não é outro senão o itinerário mental que vai do particular para o geral. Ou do infragmentado para o fragmentado.”

Quando Dirceu foi condenado a dez anos e dez meses, o relator Joaquim Barbosa deixou claro que coube a ele “selecionar os alvos da propina. Simultaneamente, realizou reuniões com os parlamentares corrompidos e enviou-os a Delúbio e Valério. Viabilizou reuniões com instituições financeiras que proporcionaram as vultosas quantias. Essas mesmas instituições beneficiaram sua ex-esposa”.

Barbosa ressaltou que “o acusado era detentor de uma das mais importantes funções da República. Ele conspurcou a função e tomou decisões-chave para sucesso do empreendimento criminoso. A gravidade da prática delituosa foi elevadíssima”. Para o relator, “o crime de corrupção ativa tem como consequência um efeito gravíssimo na democracia. Os motivos, porém, são graves. As provas revelam que o crime foi praticado porque o governo não tinha maioria na Câmara. Ele o fez pela compra de votos de presidentes de legendas de porte médio. São motivos que ferem os princípios republicanos”.

Todos esses argumentos, na época do julgamento, foram registrados aqui na coluna, e não há nenhuma novidade na fala do Procurador-Geral que justifique uma retomada do assunto. Apenas mais uma tentativa de desqualificar o Supremo Tribunal Federal por parte de um réu condenado. 

| Artigo originalmente publicado no jornal “O Globo” de 11/1/13

Cláusula de não-concorrência no contrato de trabalho

José Geraldo da Fonseca

Desembargador do TRT-1ª Região
Membro do Conselho Editorial

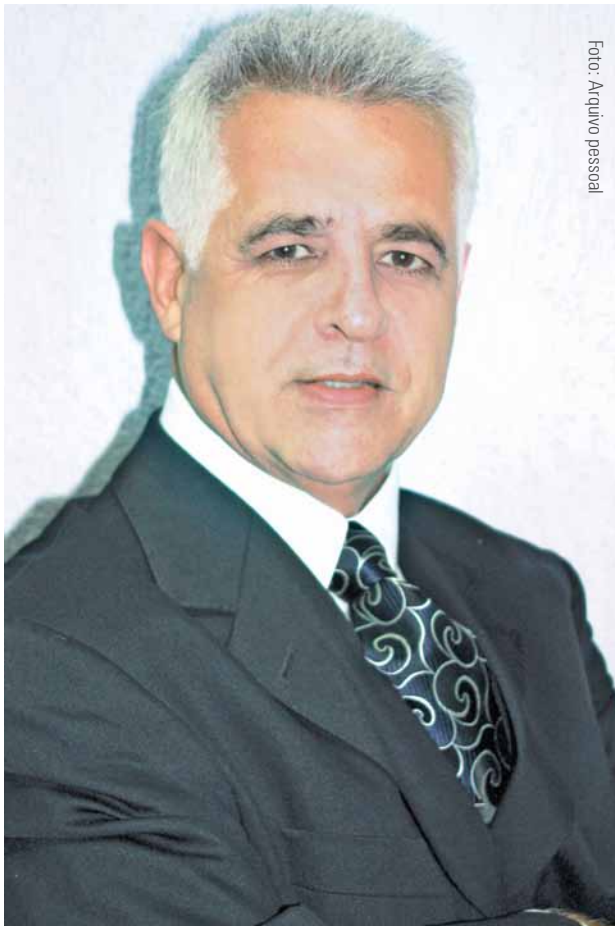


Foto: Arquivo pessoal

Certas empresas incluem nos contratos que firmam com o trabalhador cláusula que o proíbe de trabalhar no concorrente após a extinção do contrato de trabalho. Isso é válido? O art. 444 da CLT diz que qualquer acerto entre patrão e empregado é válido se não contrariar as leis de proteção do emprego, as normas coletivas e as decisões administrativas em matéria de trabalho. Particularmente, penso que uma cláusula como essa é inconstitucional porque colide com o art. 5º, XIII, da CF/88, que assegura a todos o exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei exigir.

Diferentemente de países como Portugal e Espanha, o Brasil não tem lei regulando a matéria, mas o juiz pode aplicar a lei estrangeira por analogia (CLT, art. 8º). O art. 146 do Código de Trabalho português admite a validade da cláusula se a proibição não exceder dois anos, prorrogável por um ano se a função for de confiança. Exige que esse ajuste seja escrito e prevê uma compensação financeira para o empregado ao término do contrato de trabalho. O art. 21.2 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha também admite a cláusula, desde que se prove (1º) a efetiva existência de um interesse comercial do patrão a ser protegido; (2º) o período de abstenção não exceda 2 anos (para trabalhadores técnicos) e de 6 meses (para os trabalhadores em geral) e (3º) se pague ao trabalhador uma compensação econômica adequada, fixada livremente entre as partes.

De modo geral, a doutrina brasileira aceita a cláusula mas diz que o tempo de abstenção do trabalhador tem de ser “razoável” e expressamente delimitado. Além disso, a proibição deve estar circunscrita a certo espaço geográfico para que não inviabilize por completo o reemprego nem obrigue o trabalhador a se deslocar para lugar distante de sua residência. Também entre nós fala-se em “indenização razoável” para o empregado que se abstém compulsoriamente de trabalhar na concorrência, mas não há critérios objetivos para a fixação do valor.

Sempre que se discute cláusula de não-concorrência, fala-se no art. 482, “c”, da CLT. O equívoco é manifesto. O art. 482, “c”, da CLT, não trata disso. Ali está dito que constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho, por falta grave do empregado, a *negociação habitual*, sempre que (1º) não tiver sido autorizada pelo patrão; (2º) houver prejuízo ao serviço; ou (3º) caracterizar concorrência desleal com a empresa do patrão.

A fíducia (confiança) entre patrão e empregado é a base ética do contrato de trabalho. Quando qualquer das partes quebra essa confiança, o contrato de trabalho se desfaz. É claro que o empregado não pode concorrer com o seu empregador enquanto o contrato de trabalho está em vigor. Na letra “c” do art. 482, normalmente invocado quando se examina a licitude da cláusula de não-concorrência, a falta estudada é a *negociação habitual* que não foi autorizada pelo patrão e prejudica o serviço ou concorre de modo desleal com a empresa onde o empregado trabalha. Ou seja: *uma falta cometida enquanto o contrato de trabalho está em vigor*. Mesmo assim, não é qualquer *negociação habitual*, mas somente aquela que constitua *concorrência com a empresa* do patrão ou seja prejudicial ao serviço. Se a *negociação habitual* não prejudica o serviço, ou não concorre com atividade do patrão, não há falta.

A expressão “*negociação habitual*” está na lei em sentido amplo. Refere-se a *qualquer* atividade do empregado, e não apenas àquela ligada ao comércio, e pode ser praticada no local do serviço ou fora dele. É o caso, por exemplo, da empregada que, além do serviço habitual na empresa, faz manicura na vizinhança, revende lingerie, carnês, produtos de limpeza ou de toucador. Mesmo aquela atividade caritativa ou religiosa pode vir a caracterizar um tipo de *negociação habitual* se provados a falta de autorização do patrão e o prejuízo ao serviço. Se uma empregada presta serviço comunitário ou participa de atividades religiosas e usa o telefone da empresa do patrão para estabelecer os vínculos entre outros partícipes dessas atividades,

“A expressão ‘negociação habitual’ está na lei em sentido amplo. Refere-se a qualquer atividade do empregado, e não apenas àquela ligada ao comércio, e pode ser praticada no local do serviço ou fora dele.”

marcar reuniões, discutir projetos, arrecadar alimentos, programar cultos, seminários ou retiros, por exemplo, e isso vier a comprometer a regularidade do serviço, pode configurar *negociação habitual*. O intuito de lucro não é elemento determinante. É imprescindível que haja nexo de causalidade entre a *negociação habitual* e o baixo rendimento no serviço. A lei fala em *negociação habitual*, e não em ato isolado. São três, enfim, os requisitos previstos na lei para a configuração dessa falta: 1º) falta de permissão do patrão; 2º) concorrência com a atividade do patrão; 3º) prejuízo ao serviço.

Quem admite a validade da cláusula de não-concorrência deve considerar que (1) é imprescindível fixar um prazo máximo para a proibição de que o empregado se reempregue na empresa concorrente, que pode ser de até dois anos, como está na lei estrangeira; (2) a cláusula de não-concorrência deve ser obrigatoriamente escrita; (3) a área geográfica em que o reemprego na concorrência é proibido deve ser expressamente definida e não pode inviabilizar totalmente a recolocação do empregado nem lhe impor custo excessivo com mudança de domicílio ou viagens; (4) deve ser assegurada ao trabalhador uma indenização compensatória, nunca inferior a 24 vezes o valor da maior remuneração recebida na empresa, acrescida de juros de mora e de correção monetária do período de inatividade compulsória.



A súmula 277/TST e a ofensa ao princípio da legalidade

Julio Bernardo do Carmo | Desembargador do TRT-3ª Região

Lido atentamente o substancioso artigo doutrinário dos ministros do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício Godinho Delgado, que leva o título “A Súmula 377 e a defesa da Constituição”, continuo mesmo assim entendendo que a Súmula nº 377 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho ofende flagrantemente o princípio da legalidade ao extrair do artigo 114, parágrafo segundo, da Constituição Federal, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, uma interpretação usurpadora da atuação do legislador positivo infraconstitucional.

A meu ver, constitui grande equívoco enfatizar com cáustica veemência que a Emenda Constitucional nº 45/04 teria reafirmado o princípio da ultra-atividade condicionada da sentença normativa ao dispor no artigo 114, parágrafo segundo, da Constituição Federal que: “recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”.

Ora, não existe nada de ultra-atividade condicionada nas entrelinhas do referido dispositivo constitucional.

Primeiro porque o artigo 114 parágrafo segundo da Constituição Federal de 1988, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 45/04, configura típica norma de competência, pois restringe-se a atribuir

competência à Justiça do Trabalho para, no âmbito do dissídio coletivo, proferir sentença normativa.

Segundo, porque a par de deter conteúdo normativo constitucional meramente competencial, a norma em apreço traça apenas diretrizes prévias quanto ao conteúdo obrigatório das sentenças normativas que a Justiça do Trabalho vier a editar.

Ou seja, no exercício de sua competência constitucional para, no âmbito do dissídio coletivo, emitir a chamada sentença normativa, não poderá a Justiça do Trabalho, ao decidir o conflito, desrespeitar as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

A escorreta teleologia do dispositivo legal sob comento é de uma clareza solar: a sentença normativa não pode conceder menos ou só aquilo que lei trabalhista já assegura ao trabalhador e nem pode ignorar as negociações coletivas anteriores para piorar a situação do trabalhador.

Podemos citar alguns exemplos: a) se a legislação constitucional concede adicional de horas extras de 50% (cinquenta por cento), conforme redação do item XVI do artigo 7º da Carta Republicana, a sentença normativa só poderia favorecer a classe trabalhista se vier a conceder remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em sessenta por cento a do normal. (v.g. 70%); b) simile modo, se acordo coletivo ou a convenção coletiva anterior já concede ao trabalhador determinadas vantagens para otimizar as relações trabalhistas, a Justiça do Trabalho não poderá ignorar tais conquistas sociais, podendo a

sentença normativa ou reafirmá-las ou incrementar seu nível de proteção ao trabalhador.

Em suma, a teleologia do artigo 114, parágrafo segundo, da Constituição Federal, procura manter estabilizadas as conquistas sociais dos trabalhadores, com margem de atuação constitucional para poder incrementá-las, porém, jamais desrespeitá-las.

Esta teleologia tem seu sentido dentro de um contexto de economia de mercado estabilizada ou em vias de aquecimento.

Lógico que, sendo abertamente desfavorável a conjuntura econômica, os patamares de conquistas convencionais tendem a oscilar para pior, isto quando não suprime determinada vantagem por inteiro, havendo apenas intangibilidade e/ou imodificabilidade no que pertine às disposições mínimas legais de proteção ao trabalho.

Ou seja, a sentença normativa não pode conceder menos do que as leis de proteção ao trabalhador já conferem, mas podem inovar para pior, dependendo do contexto econômico, as cláusulas inseridas na sentença normativa, ou até mesmo suprimir quaisquer delas.

O texto constitucional em epígrafe (art. 114, parágrafo segundo da Constituição Federal de 1988), em nenhum momento contempla, ainda que de forma meramente implícita, a ultra-atividade condicionada das cláusulas coletivas, já que não se enveredou a pronunciar sobre a extensão ou prazo de duração da sentença normativa, tarefa que é normatizada no plano infra-constitucional.

Ora, não tendo a norma constitucional em epígrafe disposto sobre a natureza continuativa ou episódica das cláusulas conferidas na sentença normativa, já que nada rezou sobre seu prazo de vigência, soa, no mínimo desarrazoado, inferir que a *Lex Legum* tenha consagrado a teoria da ultra-atividade condicionada das cláusulas normativas.

A interpretação consentânea com o direito posto, logo de *lege lata*, é aquela que se restringe a captar o conteúdo normativo teleológico da norma constitucional interpretada e não extrair deste conteúdo um novo comando constitucional que jamais esteve no espírito do legislador constituinte.

Para ser mais claro, o fato do artigo 114, parágrafo segundo da Constituição Federal de 1988, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 45/04, ter estatuído que ao editar a sentença normativa a Justiça do Trabalho tem que respeitar as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente, não implica dizer que uma vez conferidas pelo Poder Judiciário Trabalhista, as cláusulas da sentença



normativa continuariam em plena vigência até que outra sentença normativa viesse a ser editada.

Esta exegese, como enfatizado alhures, cria uma nova regra constitucional dissociada do espírito ou da *mens legis* do dispositivo legal que se quer interpretar, e o que é pior, conspurcando-se o que estava na vontade explícita do legislador constituinte.

Mas, voltando ao que afirmamos alhures, não tendo a Constituição Federal se ocupado desta tarefa, o problema relacionado não só à vigência de normas coletivas *lato sensu*, como também a de sua possível ultra-atividade, depende sim de previsão expressa no plano legislativo infra-constitucional.

E as coisas se passam exatamente assim.

A Consolidação das Leis do Trabalho dispõe no artigo 613, item III, que as convenções e os acordos coletivos de trabalho deverão conter obrigatoriamente, dentre outros requisitos, o respectivo prazo de vigência, completando, neste exato sentido, o artigo 614, parágrafo terceiro do mesmo diploma consolidado que “não será permitido estipular duração de convenção ou acordo coletivo com prazo superior a 2 (dois) anos.

“Curioso observar que o corpo da Consolidação das Leis do Trabalho, ao reger a gênese da convenção, do acordo ou da sentença normativa, só se preocupa com o início e término de sua vigência, nada tendo a disposto sobre o vazio temporal existente entre o fim de um instrumento coletivo e o início de outro, seja qual for a sua origem, ou fruto da autonomia privada coletiva (acordos e convenções coletivas de trabalho) ou de fonte heterônoma estatal (sentença normativa).”

No mesmo diapasão, o artigo 867, parágrafo único, da CLT, dispõe de forma incisiva que a sentença normativa vigorará: a) a partir da data de sua publicação, quando ajuizado o dissídio coletivo após o prazo do artigo 616, parágrafo terceiro, da CLT, ou, quando não existir acordo, convenção ou sentença normativa em vigor, da data do ajuizamento; b) a partir do dia imediato ao termo final de vigência do acordo, convenção ou sentença normativa, quando ajuizado o dissídio coletivo no prazo estipulado no artigo 616, parágrafo terceiro, da Consolidação das Leis do Trabalho.

E, como é curial, para assegurar a continuidade da negociação coletiva, seja fruto do consenso ou de ato impositivo estatal, dispõe o parágrafo terceiro do artigo 616 da CLT, acima citado, que: “havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro de 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento coletivo possa ter vigência no dia imediato a esse termo”.

Todavia, a inobservância do estatuído no parágrafo terceiro do artigo 616 da CLT é anódina e não tem qualquer conexão com a eficácia ultra-ativa da negociação coletiva, qualquer que seja a sua fonte, uma vez que só interfere com a data de vigência da sentença normativa.

É o que está disposto, com clareza solar, nas letras “a” e “b” do parágrafo único do artigo 867, da CLT, já transcrito supra.

Curioso observar que o corpo da Consolidação das Leis do Trabalho, ao reger a gênese da convenção, do acordo ou da sentença normativa, só se preocupa com o início e término de sua vigência, nada tendo a disposto sobre o vazio temporal existente entre o fim de um

instrumento coletivo e o início de outro, seja qual for a sua origem, ou fruto da autonomia privada coletiva (acordos e convenções coletivas de trabalho) ou de fonte heterônoma estatal (sentença normativa).

E assim aconteceu desde os primórdios da consagração no corpo da CLT seja do acordo ou da convenção coletiva até o ano de 1992, quando veio a lume a Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, que dispôs sobre a política nacional de salários.

Trata-se, pois, de lei extravagante, dissociada do corpo legislativo da Consolidação Trabalhista, que, de forma efêmera, dispôs em seu artigo primeiro, parágrafo primeiro que: “as cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho”.

Assim, antes da vigência da Lei nº 8.542/92, em face do vazio normativo existente a respeito da continuidade ou não de vigência das cláusulas coletivas após exaurido o período de vigência do instrumento coletivo – o que no plano do direito é chamado tecnicamente de força ultra-ativa ou ultra-atividade da lei ou do instrumento coletivo exaurido ou caduco – e não podendo a Justiça do Trabalho, mesmo no plano do direito normativo, substituir o papel reservado ao legislador positivo no contexto do Estado Democrático de Direito, sempre prevaleceu o entendimento legal escorreito e respeitoso do princípio constitucional da tripartição dos poderes estatais, no sentido de que, exaurida a vigência do instrumento coletivo, o contrato individual de trabalho não mais se beneficiaria das cláusulas ali pactuadas,

só podendo a benesse ser reivindicada se e quando vier a ser novamente pactuada em negociação coletiva superveniente.

Em suma, prevalecia de forma indiscutível e soberana a interpretação pretoriana de que as cláusulas ajustadas no instrumento coletivo só poderiam ser invocadas no período de sua respectiva vigência, já que as mesmas não aderiam como cláusulas favoráveis ao contrato individual de trabalho.

Dentro desta bitola legal, dispunha a súmula nº 277 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho o seguinte: “Sentença Normativa-Vigência-Repercussão nos contratos de trabalho. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”.

A inovação, como observado alhures, veio com a Lei nº 8.542/92 que, repita-se, dispôs de forma incisiva que as cláusulas de convenção, acordo ou contrato coletivo de trabalho somente poderiam ser modificadas por norma igualmente coletiva, o que significava dizer que, mesmo no período de vácuo normativo, ou seja, entre o esaurimento de um instrumento coletivo e o nascimento de outro, as cláusulas coletivas pactuadas continuavam revestidas de validade, só podendo ser modificadas ou suprimidas no instrumento coletivo sucessor.

Como a sentença normativa surge de uma negociação coletiva malograda (acordo ou convenção coletiva), substituindo-se na resolução do conflito a autonomia da vontade das partes convenientes pela imposição da vontade do Estado-Juiz (autocomposição versus hetero-composição), nada mais razoável do que inserir também no âmbito de ação da Lei nº 8.542/92, já que a proteção ou inovação criada no referido diploma legal era também compatível com a força jurígena da sentença normativa, pois que, no fundo e a cabo, o que a lei queria mesmo era resguardar a ultra-atividade das cláusulas negociadas ou alcançadas pela via de acesso ao Poder Judiciário.

Acontece, todavia, que a Lei nº 8.542/92 teve vida efêmera, eis que foi taxativamente revogada em 29.07.95 pela Medida Provisória nº 1.709, sucessivamente reeditada e posteriormente convertida na Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2.001.

Estão corretos os articulistas quando asseveram que “a lei nº 8.542/92 foi revogada pela Lei nº 10.192/2001, que instituiu nova política salarial sem afirmar a continuidade das normas coletivas, ou seja, a ultra-atividade teria sido abolida, no plano infraconstitucional por lei que dela não tratava”.

Cessa, pois, temporalmente, com a vigência da Lei nº 10.192/2001 o reinado da ultra-atividade das normas coletivas no direito do trabalho brasileiro como foi

detalhadamente analisado alhures, reinado esse que não foi restaurado pela Emenda Constitucional nº 45/04, ao dispor sobre a novel redação do artigo 114, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988.

Apenas deve ser aberto um parêntese para ressaltar que a Lei nº 8.542/92, no período de sua vigência, ou seja, de 23.12.92 a 28.07.95 (véspera da entrada em vigor da Medida Provisória nº 1709/95, que foi convertida na Lei nº 10.192/2001 revogadora da Lei nº 8.542/92), havia instaurado no plano jurídico nacional, pela forma escoreita (edição de diploma legislativo específico) o princípio da ultra-atividade condicionada das cláusulas coletivas, razão pela qual, mostrava-se necessário que, ao ser instaurado o novo regime legal de cassação da ultra-atividade mencionada, ficasse resguardado o período de vigência da Lei nº 8.542/92.

Por este motivo, do período de vigência da Lei nº 8.542/92 até sua cassação pela Lei nº 10.192/01, o verbete da súmula nº 277 do Colendo TST sofreu ligeira alteração adaptativa em seu teor, onde passou a constar, *verbis*: “Súmula 277 TST – Sentença Normativa – Convenção ou Acordos Coletivos – Vigência – Repercussão nos contratos de trabalho. I- As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho. II – Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542/92, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14/02/2001”.

E realmente cessa aí o curto reinado da ultra-atividade condicionada das cláusulas inseridas em normas coletivas, já que a Constituição Federal de 1988, mesmo em face da Emenda nº 45/04 que imprimiu nova redação ao artigo 114, parágrafo segundo, da CF, em nada inovou sobre o assunto, tendo, a par de ser uma norma constitucional atributiva de competência, apenas traçado diretrizes do conteúdo da sentença normativa, a qual, diz textualmente a *Lex Legum* em vigor, não poderá contrariar as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Passamos agora a rebater os óbices postos no artigo doutrinário marginado, os quais na visão dos articulistas, corroboram a vigência, a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, do princípio da ultra-atividade condicionada das normas coletivas.

Dizem os articulistas, desatentos ao exato comando da norma constitucional enfocada – artigo 114, parágrafo segundo, da Constituição Federal de 1988 – que: “a ultra-atividade é um atributo da norma coletiva de trabalho que a reinsere na lógica segundo a qual a condição de trabalho

mais favorável ao empregado deve prevalecer sempre que normas sucessivas se distingam pela proteção maior ou menor que assegurem à parte contratualmente débil da relação laboral.

Se, na ordem dos princípios, os direitos sociais tendem à expansão, (a) as condições de trabalho mais benéficas se integram aos contratos; (b) e uma norma jurídica posterior não pode suprimir direito já incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador; (c) daí se extrai a impossibilidade de se cogitar de vazios normativos, ou seja, de um tempo sem lei ou norma jurídica após a vigência de norma coletiva que regula a relação de trabalho”.

E noutro passo, preocupados com o suposto hiato normativo que existiria entre o final de uma norma coletiva e a vigência da vindoura, externam assim essa inconsistente preocupação: “a questão vexatória não estava na eficácia da norma coletiva vigente à época do conflito, mesmo quando menos favorável ao trabalhador, pois tal eficácia é condizente com o princípio da autodeterminação coletiva, que empresta validade a redução de direitos operada segundo a vontade da própria categoria de trabalhadores”.

E lamentam de forma incisiva: “A questão realmente embaraçosa estava no período de anomia jurídica que assim se estabelecia entre o final da vigência da norma coletiva anterior e a superveniência da norma coletiva seguinte”.

Aqui, data venia, os articulistas estão a confundir ou baralhar conceitos ou princípios ínsitos a segmentos jurídicos distintos do Direito do Trabalho Brasileiro.

A questão da incorporação definitiva da cláusula mais favorável ao contrato individual de trabalho deve e tem que ser dissociada tanto no plano individual como no plano coletivo do Direito do Trabalho.

No plano do direito individual do trabalho, em face do dirigismo estatal, e da natureza de ordem pública e de irrenunciabilidade dos preceitos que outorgam direitos sociais aos trabalhadores, a regra é a de que a norma mais favorável adere sempre ao contrato de trabalho, não mais podendo ser suprimida em seu prejuízo.

Já no plano do direito coletivo a norma mais favorável ao trabalhador não decorre de ato legislativo típico e sim da autonomia privada coletiva, mesmo considerando-se que esta última pode não vingar, ocupando-se o Estado-Juiz de dar prosseguimento normatizado à negociação coletiva malograda.

A singularidade permanece porque mesmo no âmbito do poder normativo o Judiciário Trabalhista não edita lei abstrata e válida para todos e sim uma norma específica que vai reger a situação de trabalhadores que estão inseridos em determinada categoria profissional.

Ou seja, uma coisa é invocar a inalterabilidade de uma cláusula mais favorável ao trabalhador quando oriunda de uma lei trabalhista cogente, imperativa e inalterável *ad libito* das partes; outra bem diversa é invocar a inalterabilidade ou perpetuidade de uma cláusula favorável ao trabalhador quando advinda, não de lei imperativa e categórica, mas sim da autonomia privada coletiva de que desfrutam os entes sindicais quando celebram um acordo ou uma convenção coletiva de trabalho. Ou mesmo quando a norma coletiva, como é curial, provém de uma sentença normativa, que substitui a autonomia privada coletiva malograda pela imposição da vontade do Estado-Juiz.

No plano individual trabalhista, o contrato de trabalho tende para a indeterminação de prazo e mesmo nos chamados contratos por prazo determinado, a inalterabilidade da cláusula mais favorável decorre diretamente da lei, muito embora transite antes pela vontade manifesta do empregador que cogita a benesse, a exterioriza no mundo físico e torna-a realidade imutável no mundo do direito do trabalho.

Ou seja, no plano do direito individual do trabalho a inalterabilidade da cláusula mais favorável, decorrendo diretamente de uma lei imperativa e categórica, está totalmente dissociada da noção de prazo do contrato de trabalho, ela é atemporal, e uma vez reconhecida pelo Estado-Juiz, a situação de inalterabilidade da cláusula mais favorável ao trabalhador é irreversível e imodificável.

As normas coletivas, por outro lado, todas, sem exceção, têm prazo de vigência determinado, imposto por lei e suas cláusulas são frutos da autonomia privada coletiva ou de um ato heterônomo estatal que a substitui.

Tendo prazo de vigência imperativa delineado na lei, as cláusulas coletivas não podem viver de forma atemporal, cessando sua eficácia com o exaurimento do prazo de vigência da norma coletiva.

Como a ultra-atividade, como é irrefutável, depende de comando normativo expresso, e como já ressaltado alhures inexistindo tal comando normativo no plano do direito positivo brasileiro, ressalvada a vigência efêmera da Lei nº 8.542/92, não há como sustentar que a cláusula coletiva continue surtindo efeito após a caducidade do instrumento normativo que a contempla.

Outra falácia é argumentar com a existência de um suposto período de anomia jurídica que passaria a imperar entre a caducidade da norma coletiva (seu total exaurimento) e o novo ajuste de uma outra negociação coletiva, de molde a justificar sua ultra-atividade condicionada.

Ora, o suposto período perdido nas brumas do tempo de real anomia jurídica (ausência total de regras de direito a dirigir a conduta do homem) só pode ter correspondência

“A conclusão que se pode tirar de tudo isso é a de que tanto a convenção coletiva de trabalho, como igualmente o acordo coletivo de trabalho não constitui fruto de mera abiogênese, ou seja, de uma geração inexplicavelmente espontânea e sim da participação legalmente prevista dos atores constitucionalmente consignados para ultimá-las.”

com os primórdios da civilização, enquanto ainda não existia a instituição do Estado.

Nessa fase cruel, como o homem era o lobo do próprio homem, a anomia jurídica era-lhe prejudicial, porque prevalecia a lei do mais forte.

E foi bem por isso que o homem se privou de sua total liberdade de reger, como lhe aprouvesse, os atos de sua vida civil, transferindo tal liberdade para o Estado, para que esse último impusesse a lei cogente e imperativa ao caos social.

Vivemos época totalmente diferente.

Predomina hoje em nossa organização política o Estado Democrático de Direito, onde as fontes normativas são múltiplas, não decorrendo apenas de imposição estatal.

Há toda uma multiplicidade de fontes normativas e consequentemente de diplomas legais, hierarquicamente superpostos, uns tirando o seu esteio de validade dos outros, em uma escala de valores e de imperatividade que deságua na Lei Máxima da nação.

Não existe anomia jurídica no Estado Democrático de Direito.

Ora, o fato da vida cotidiana é regido pela Constituição Federal; ora o é pela lei, infraconstitucional federal, estadual ou municipal, ou pela autonomia da vontade privada (contratos), ou pelos costumes, ou pela sentença judicial que dirime o caso concreto levado às barras do Tribunal e assim sucessivamente, em uma cadeia lógica e ordenada de aplicação do direito aos multitudinários fatos da vida social.

Ora, dentro desta teleologia exegética, aliás a única compatível com o Estado Democrático de Direito, temos

que quando uma norma coletiva perde sua razão fundante de validade, ou seja, perde sua vigência e eficácia, não se lhe segue um período de anomia jurídica ou de vácuo legislativo, e sim mera diversidade de aplicação de normas substitutivas que passam automaticamente a reger a respectiva situação.

Assim, e.g., se a fonte da cláusula mais favorável ao trabalhador era a norma coletiva, e.g., um adicional de horas extras de 100%, exaurida a vigência do instrumento coletivo, e perscrutando-se a hierarquia que informa as fontes legais, veremos que a Constituição Federal passará a disciplinar a questão da sobrejornada efetuada pelo trabalhador, em face do disposto no inciso XVI do artigo 7º da Constituição Federal, passando a ser invocável o adicional de horas extras ali previsto de 50%.

E assim acontece com todas as demais cláusulas coletivas caducas, que passarão a ter novo fundamento de validade, ainda que transitoriamente mais desfavorável ao trabalhador.

Outro argumento que milita contra a teoria da ultra-atividade condicionada da norma coletiva, em face da total ausência de respaldo legal para referendá-la, consubstancia-se na peculiaridade de que uma das garantias constitucionais atinentes aos direitos sociais é a conhecida irredutibilidade do salário ou a rigorosa observância da duração do trabalho normal, ressalvado o disposto em negociação coletiva.

O dispositivo constitucional que possibilita a flexibilização seja do salário ou da duração da jornada de trabalho deve ser interpretado no plano infraconstitucional

em estrita consonância com os dispositivos consolidados que regem a negociação coletiva.

Quais são os atores da negociação coletiva?

O que representa uma negociação coletiva?

Qual o papel que os entes sindicais exercem no âmbito da negociação coletiva?

Neste contexto, a norma constitucional flexibilizadora de direitos sociais nos remete diretamente para a dicção dos artigos 611 e seu parágrafo primeiro da Consolidação das Leis do Trabalho.

E diz textualmente o artigo 611, da CLT, que:

Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos das categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

E reza o parágrafo primeiro do artigo 611, da CLT que:

É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.

Ora, se para a celebração da convenção ou do acordo coletivo de trabalho a intervenção sindical é imprescindível, como explicar a ultra-atividade condicionada das normas coletivas, ainda que em períodos transitórios, sem a participação de seus atores essenciais ?

A malfadada ultra-atividade da norma coletiva, a prevalecer a tese jurídica proposta pelos ilustres articulistas, seria fruto não da vontade dos entes sindicais, os únicos legitimamente escolhidos pela lei trabalhista para referendá-la e sim da vontade unilateral impositiva do Estado-Juiz, subvertendo-se toda a filosofia do direito sindical e do papel que é legalmente reservado a seus atores sociais.

A conclusão que se pode tirar de tudo isso é a de que tanto a convenção coletiva de trabalho, como igualmente o acordo coletivo de trabalho não constitui fruto de mera abiogênese, ou seja, de uma geração inexplicavelmente espontânea e sim da participação legalmente prevista dos atores constitucionalmente consignados para ultimá-las.

Defender a tese jurídica de que o acordo, a convenção ou a sentença normativa continua ostentando eficácia após sua caducidade, é o mesmo que negar o comando constitucional que ordena a intervenção obrigatória do sindicato na flexibilização das leis trabalhistas, ou mesmo o comando legal infraconstitucional celetizado que exige a participação inarredável do sindicato, seja

na negociação coletiva ou até mesmo no ajuizamento do dissídio coletivo.

A se observar, a ferro e fogo, os preceitos normativos supra invocados, como explicar que o Estado-Juiz, substituindo-se aos sindicatos, possa concertar, *manu militari*, a prorrogação de vigência de instrumentos coletivos ou mesmo da sentença normativa, à revelia de qualquer ato de vontade ou mesmo da intervenção dos atores sociais predestinados como legítimos pela lei para tratar e regular tais assuntos ?

Como se vê, inexistindo norma legal no plano constitucional ou infraconstitucional que a ampare, resvala para o absurdo a tese jurídica que prega a ultra-atividade da norma coletiva, com fulcro na vontade unilateral do Estado-Juiz.

Lado outro, o direito comparado, em que pese represente fonte de inspiração para o intérprete do direito do trabalho, não pode simplesmente suprir a lacuna legal, já que em nosso país a ultra-atividade da norma coletiva depende de legislação expressa, na verdade inexistente.

Como o Judiciário Trabalhista não pode usurpar a competência do legislador positivo, face ao princípio democrático da tripartição dos poderes estatais, uma vez inexistente lei de qualquer ordem, mesmo no plano constitucional, que assegure a ultra-atividade condicionada da norma coletiva, fere o princípio da legalidade estrita (art. 2º, item II, da CF/88) a sua instituição pela via pretoriana, como o fez desavisadamente a súmula nº 277 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, ao dispor que: “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas (estando em sua teleologia também a sentença normativa) integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidos mediante negociação coletiva de trabalho”.

A ser cortejado o princípio da legalidade estrita, consubstanciado no artigo 5º, item II, da *Lex Legum*, deve ser restaurada a dicção do antigo verbete da Súmula nº 277/TST, no sentido de que “as condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenções ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho”.

A usurpação da competência do legislador positivo foi deveras desastrosa, porque longe de otimizar, pode sim, emperrar o surgimento de novas cláusulas favoráveis aos trabalhadores em instrumentos coletivos, já que aderindo inapelavelmente os contratos individuais de trabalho, amargaria ainda mais o oneroso encargo social do patronato, incutindo um medo generalizado de outorgar tais benesses.

Salvo melhor juízo, é como penso.





1º Seminário Nacional sobre a Atuação do Ministério Público na Copa do Mundo

MPF fiscaliza obras do Mundial da FIFA

Com o objetivo de evitar a repetição dos atos ocorridos no jogos Panamericanos de 2007, no Rio de Janeiro, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal criou o Grupo de Trabalho da Copa 2014 (GT Copa 2014). O Grupo tem por finalidade atribuir um tratamento prioritário, preventivo e uniforme no acompanhamento da aplicação dos recursos públicos federais nas obras realizadas nos 12 estados-sedes do Mundial, principalmente em função dos investimentos federais de toda ordem e dos vultosos valores que estão sendo aplicados no evento.

A inspiração para criação do Grupo de Trabalho da Copa de 2014 decorreu do mau exemplo, em matéria de patrimônio público, durante a realização do Panamericano de 2007, quando foram constatadas irregularidades e desvio de verbas públicas em números astronômicos. A grande preocupação do GT Copa 2014 se caracteriza pelo compromisso com a lisura com que pretende seja tratada a coisa pública e com o término das obras dentro do prazo previsto. No entanto, seus integrantes deixam claro que o Poder Judiciário somente intervirá após superadas as tentativas de solução extraprocessual.

Essa prática tem proporcionado sucesso na resolução preventiva e extrajudicial de inúmeros casos envolvendo o patrimônio público, proporcionando um desafogo ao Poder Judiciário. Isso porque se evita o ajuizamento de inúmeras Ações Cíveis Públicas por todo o país, que possuem o risco de serem pouco efetivas, principalmente diante da consumação das indesejáveis irregularidades durante o trâmite processual e pela dificuldade de se obter o ressarcimento ao erário de recursos públicos desviados.

Por outro lado, o acompanhamento contínuo das obras permite, no caso de falhas na atuação preventiva do Ministério Público Federal, a comunicação ao gestor de que o GT Copa 2014 tem conhecimento das irregularidades, em função da presença constante de seus membros nos diversos trabalhos nas 12 sedes. Essa conduta do MPF pretende-se seja algo inovador e salutar, pois modificará o crônico procedimento do estado brasileiro, envolvendo o grande número de obras públicas, as quais mesmo após a detecção das irregularidades e fraudes, não se consegue responsabilizar e punir os responsáveis, seja no âmbito das petições iniciais, seja no âmbito das decisões judiciais.

A presença do MPF contribuirá para o ajuizamento de ações com melhor descrição de autoria dos crimes, já que os gestores públicos são alvos de constantes questionamentos e recomendações por força da atuação do GT Copa 2014. Também possibilitará o aprimoramento das instituições de controle e do próprio exercício da cidadania, procurando evitar a prática da corrupção, desvio de verbas públicas, estouro do orçamento das obras, tal como ocorrido por ocasião dos Jogos Panamericanos de 2007.

O GT Copa 2014 entende que a aplicação correta das verbas públicas aprimora a cidadania e contribui para o desenvolvimento da gestão pública. Além disso, o trabalho otimiza o controle social, com estímulo à participação dos cidadãos na fiscalização dos atos de organização da Copa do Mundo de 2014 durante audiências públicas, encaminhamento de denúncias, aperfeiçoando as instituições públicas, os órgãos de controle e o próprio Estado Democrático de Direito.

Os 12 procuradores que compõem o GT Copa 2014 (um em cada cidade-sede) reúnem-se periodicamente na sede da Procuradoria Geral da República. Nos encontros do Grupo de Trabalho são realizadas reuniões com os principais ministérios imbuídos de organizar a Copa do Mundo, entre eles, o Ministério do Esporte, do Turismo, das Cidades, do Planejamento, da Fazenda, Secretaria de Portos, além de outros atores, tais como Infraero, Caixa Econômica Federal, BNDES, com o intuito de fomentar o diálogo, expor problemas e buscar soluções.

Um dos fatores decisivos para o sucesso das ações é a participação ativa e conjugada de órgãos de controle, como a Controladoria Geral da União e Tribunal de Contas da União. Por isso mesmo, eles são representados em todas as reuniões com os responsáveis pela organização da Copa 2014, panorama que proporciona a definição de um planejamento estratégico de fiscalizações. Essa parceria é fator decisivo para o sucesso das ações.

Tudo começou no dia 14 de julho de 2009, data em que, através da Exposição de Motivos 001/2009/4OFCIVEL/PRAM, assinada por cinco procuradores da República, para a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, solicitava-se a criação do Grupo de Trabalho da Copa 2014. Logo a seguir, foi realizada uma reunião na Procuradoria Geral da República, com o intuito de definir o escopo e as estratégias do trabalho a ser realizado. Posteriormente, ocorreram reuniões com o então Presidente do Tribunal de Contas da União, Ministro Ubiratan Aguiar; e com o Ministro de Estado de Controle e Transparência (CGU), Dr. Jorge Hage, na tentativa de efetuarem um trabalho preventivo e conjunto.

Desde então e até os dias atuais foram implementados o monitoramento contínuo das intervenções, a solicitação de auditorias nos projetos básicos das obras, o diálogo com os envolvidos, a discussão de soluções cabíveis, a aproximação dos órgãos de controle, a solução prévia dos problemas com intuito de evitar o desvio de verbas públicas, concretizando a tutela jurídica preventiva de forma sistêmica nos atos de organização da Copa do Mundo FIFA 2014.

Após as recomendações ministeriais, já foram corrigidos defeitos em editais de licitação, regularizados (complementados) projetos básicos em licitações, eliminados sobrepreços em contratos, alteradas cláusulas contratuais em PPPs, anulados convênios falsamente vinculados à Copa do Mundo FIFA 2014, alterados diplomas normativos e regulamentações emanadas do Executivo Federal, incrementados os controles nas concessões de financiamentos e acompanhamento de convênios, além de ter sido apresentada representação pelo ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da criação de regime diferenciado de contratações para o evento, entre outros.

Citem-se, como exemplo de práticas bem sucedidas, o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.655 pelo Procurador Geral da República, após representação do GT Copa 2014, na qual se contesta dispositivos da Lei nº 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Os dispositivos questionados violam o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, com elevado potencial de gerar danos ao



1º Seminário Nacional sobre a Atuação do Ministério Público na Copa do Mundo

patrimônio público e, conseqüentemente, ao princípio da economicidade.

Ressalte-se, ainda, a expedição de Recomendação Conjunta pelo Ministério Público Federal e Estadual na Bahia, acatada pelo Estado da Bahia, que acarretou uma economia estimada de R\$ 150 milhões aos cofres públicos na operação da Parceria Pública Privada do Estádio da Fonte Nova. Também serve de exemplo a Recomendação 10/2010 da PR/PR na qual se demonstrou a falsa justificativa vinculada à Copa do Mundo FIFA 2014 para Construção do Estádio em Roraima, atuação que culminou na anulação do Convênio 740.327/2010, celebrado entre o Ministério do Esporte e o Estado de Roraima, gerando uma economia de pelo menos R\$ 230 milhões de reais aos cofres públicos.

Segundo os integrantes do GT Copa 2014, a principal dificuldade encontrada por eles durante o trabalho tem sido a falta de cultura para o controle preventivo e dificuldades na relação com os gestores. Além disso, existe um grande número de obras inacabadas, falta de planejamento do gestor público, resistência inicial ao diálogo, falta de transparência e a necessidade de construir soluções, dentro do princípio da legalidade, que evitem a inviabilização das obras imprescindíveis para execução da Copa do Mundo de 2014, evento que possui data certa para ocorrer. Por fim, não há exclusividade dos Procuradores da República para atuação no GT COPA 2014, que se existisse tornaria o trabalho ainda mais efetivo diante da envergadura do evento, dos investimentos e das conseqüências daí advindas.

As etapas para as atividades do GT Copa 2014 podem ser assim sintetizadas: A- Reuniões com os atores envolvidos na organização da Copa do Mundo FIFA 2014; B – Identificação de obras e serviços relacionados com a Copa do Mundo FIFA 2014; C - Identificação de eventuais inovações legislativas direcionadas ao evento Copa do Mundo de 2014; D – Realização de estudos, auditorias e notas técnicas em relação aos atos de organização da Copa do Mundo FIFA 2014 pela área técnica da 5ª CCR, CGU e TCU; E – Discussão acerca do arcabouço normativo que se pretende alterar; propostas para melhorias nas regulamentações; em caso de eventual inconstitucionalidade, representação para ajuizamento de ADI (Ex. ADI 4.655); F – Em caso de problemas graves em obras e execução de serviços, discussão de solução com os órgãos de controle e gestores públicos; G – Em caso de impasse, expedição de recomendação para solução dos problemas, inclusive para os bancos financiadores (CEF e BNDES) com o objetivo de limitar a liberação dos recursos às situações de regularidade; H – Em caso de desatendimento às recomendações ou decisões do TCU, poderão ser propostas Ações Cíveis Públicas para regularização da questão, Ações de Improbidade Administrativa para repressão dos gestores públicos, as quais tendem a ser mais efetivas em virtude do acompanhamento próximo e contínuo dos atos de organização do evento; I – Priorização para parceria com CGU e TCU e atuação conjunta com os Ministérios Públicos dos Estados.



Com informações do site: www.premioinnovare.com.br

O consumidor, o registro público e o financiamento de veículos

Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo

Presidente do IRTDPJ-RJ
Diretor da Anoreg-RJ

Cartórios existem no mundo inteiro. São unidades estatais que cumprem função notarial-registral, visando proteger a fé pública e a segurança jurídica concreta. O povo tem essa compreensão: os negócios importantes devem ser lançados em notas e registros públicos. Um documento registrado ganha em eficácia e paz social no curso das gerações. Quem se expõe aos contratos “de gaveta”, aos recibos informais, à só palavra ou ao “fio do bigode”, assume riscos que muitas vezes arrastam a litígios intermináveis.

Certos setores da economia, porém, apoiados no clichê que prega o rebaixamento do chamado Custo Brasil, têm destravado críticas acerbadas contra certos registros públicos. Valem-se da mentira como método, para desacreditar e confundir, produzindo uma espécie de geléia geral. A questão central é criar condições a um modelo de mercado livre de regras, nomeadamente o comércio bancário que prega a desregulamentação do crédito, cada instituição tendo o controle final dos contratos e das garantias.

Nas relações creditícias, o problema da falta de regras e fiscalização é a adoção de práticas abusivas, fomentando uma espécie de mercado negro. Isto explica a má vontade contra os cartórios, por atuarem dentro da estrita legalidade, *preventivamente*, a prol do equilíbrio e maior respeito às partes contratantes. Demais disso, os registros públicos são fiscalizados pelas Corregedorias Gerais da Justiça, o que mais reforça a excelência dos serviços e a exação dos emolumentos, afastando irregularidades.

Platão discorreu sobre o mundo real e o ideal. Afirma que a realidade é relativa e mutável, sujeita a revisões até o conhecimento definitivo. O ideal é permanente porque as ideias não morrem. Pois bem. É inegável o choque

entre esses dois valores das ações humanas – o real e o ideal –, tantas vezes postos em oposição, maior, se em jogo interesses econômicos, apegados à maximização dos resultados. É óbvio que o ideal é regulamentar o crédito bancário, em defesa do consumidor, mas os empresários do setor preferem suprimir o registro público, sob a falsa premissa de que o interesse do credor é o único a tutelar.

Admitir isso é fazer gol contra. Exaltar a informalidade é zombar do cidadão-consumidor, deixando-o com um simples carnê à mão e cara de bobo. Sem cópia do contrato, o devedor fica apeado de seus direitos fundamentais. Tudo pode acontecer, revela o cotidiano forense. Não importam as queixas de adulteração do pactuado. Daí que o consumidor, ainda quando vitorioso, termina vítima das tarifas e despesas acrescidas aos financiamentos, tudo somado ao peso extorsivo das taxas de juros. Por pior que seja a condenação, a maior vitória será sempre do financista.

Num regime político firmado nos valores do Estado Constitucional e Democrático de Direito, para não parecer obra de fachada, a lei tem de valer para todos, ou não será mais lei e sim meio de dominação. O valor da segurança jurídica, assegurado pelo registro público, é anseio antiquíssimo, como noticia a História, nas figuras do *escriba*, no antigo Egito, e dos *tabelliones*, na Roma imperial, em contínua evolução até os nossos dias. A Escola de Bolonha, na Itália, anotam os historiadores, fixou a base científico-institucional do notariado moderno. Com efeito, os atos e negócios passados à vista de um notário ou registrador, uma vez selados pela fé pública, portam a marca da correção, geralmente a salvo de vícios e impugnações.

Ninguém ignora a necessidade de aprimoramento do sistema notarial-registral. Ocorre que as reformas circulam



além da ação dos delegatários que obedecem à estrita legalidade. Sem o empenho das Corregedorias estaduais e do Conselho Nacional de Justiça, estabelecendo metas e comandos regulatórios, nada será operacionalmente viável. O que não se pode é misturar conceitos, para exaltar a liberdade de contratar, com supressão do registro público, porque isso importa em expor a sociedade a um padrão perigosamente anárquico, relegando à Justiça, em todos os casos, o acerto final das contas abusivas.

O fato é que os financiamentos para compra de carro atraíram empresas privadas interessadas em controlar o registro administrativo das garantias. Negócio de bilhões. As investidas mais duras remetem ao Código Civil de 2002 que teve a redação da parte final do § 1º, do artigo 1.361, alterada no Senado da República. Num passe de mágica, a conjunção “e” virou “ou”. Na lei, nenhuma palavra é inútil. A sintaxe do “ou”, no caso, significava afastar do registro público, fiscalizado pelo Judiciário, os contratos de alienação fiduciária de veículos, transferindo-os ao domínio dos órgãos de trânsito.

Dir-se-á: que bom, simplifica. Eis o canto da sereia. Os Departamentos Estaduais de Trânsito são mero *sáculo* de dados de programa operado por empresa privada que cobra cada anotação de gravame, afora as taxas administrativas. Tudo rápido, o credor protegido. E o devedor-consumidor? Resposta também rápida: fica apenas com a obrigação de pagar o que lhe for cobrado, pena de perder o veículo *liminarmente*, em ação de busca e apreensão. Não recebe sequer cópia do contrato do financiamento que assina em branco. Não é só. Na hipótese de cancelar o gravame, em juízo, a ordem judicial dependerá do arbítrio da empresa privada que opera o sistema, autônoma e soberanamente.

Ora, os direitos básicos do consumidor demandam, de um lado, a responsabilidade civil dos bancos e financeiras. Por outro, apontam aos deveres do Estado de assegurar e implementar os meios hábeis de sua defesa, conforme impõe a norma dos artigos 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição cidadã. Cabe ao Poder Público adotar todas as medidas necessárias a mais plena e eficaz defesa do consumidor de crédito, o que inclui o dever de aprimorar a fiscalização preventiva, lançando campanhas de mobilização pública voltadas a desestimular os atos ilegais ou de abusividade.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afinado à legalidade constitucional, declarou a **inconstitucionalidade** da parte final do § 1º, do artigo 1.361, do Código Civil, tendo o STF admitido o Recurso Extraordinário ao crivo da repercussão geral. Da proteção e defesa do consumidor, especialmente o de crédito, decorrem obrigações e deveres, na forma dos artigos 6º e 7º da Lei 8.078/1990, a cumprir mediante políticas focadas na prevenção, informação e conscientização pública.

Afinal, ter a propriedade de um automóvel é um desejo legítimo, sendo ainda condição e pressuposto da liberdade de locomoção e lazer, dois direitos sociais seriamente afetados ante a precariedade dos transportes públicos. Impossível alcançar o ideal imerso no real das coisas. Mas há que lutar, sabendo que o poder econômico real sempre desafiará o ideal para subjugá-lo aos seus próprios propósitos e, nessa via escura, vulnerar o registro público centrado no interesse geral da sociedade, com destaque à defesa dos consumidores de crédito bancário.



Análise de impacto regulatório: estrutura e finalidade

Christian Fernandes Gomes da Rosa | Advogado

Muito além da discussão, já um pouco desgastada, de quão amplas podem ser as intervenções do Estado sobre as atividades privadas, a conjuntura contemporânea coloca como objeto prioritário de análise a qualidade dessa intervenção. Afinal, seja em um modelo mais próximo ao liberal, seja no cumprimento de uma atividade planejadora, ou desenvolvimentista, os meios de que se vale o Estado são quase tão importantes quanto os fins almejados pelo ente político na busca pela consecução dos valores sociais. Os meios devem ser, sobretudo, razoáveis.

Dessa premissa geral decorre, em particular, a diretiva de que a intervenção regulatória do Estado deve ser fruto da ponderação entre os valores econômicos e sociais que sofrerão a sua incidência. E, na busca por tais valores, quanto maior o grau de informações agregadas pelo agente regulador, na figura do Estado, mais adequada será sua decisão, já que ela será decorrência da ponderação ótima entre valores eventualmente colidentes e da avaliação dos custos e benefícios da regulação.

A ponderação entre valores e políticas públicas eventualmente colidentes e a estimativa dos custos e benefícios da regulação, da incidência da intervenção estatal, não é uma tarefa fácil. A avaliação prospectiva dos resultados e a explicitação dos custos da regulação são complexas e estão diretamente relacionadas à sua finalidade.

Veja-se com mais especificidade o tema da intervenção pública na esfera privada por meio da regulação das atividades econômicas.

A regulação busca, precipuamente, a manutenção do equilíbrio do sistema econômico por meio da correção das falhas de mercado, a eficiência econômica, a modificação

do sistema econômico e a equidade econômica e a promoção de valores como o desenvolvimento social e econômico. A realização dos fins da regulação, entretanto, depende de uma avaliação da necessidade e eficácia dos seus instrumentos, dos seus custos e dos efeitos por ela pretendidos. A razoabilidade da intervenção regulatória do Estado pode – e deve – ser testada mediante o que se convencionou nominar procedimento de Análise de Impacto Regulatório.

A *Organisation for Economic Cooperation and Development* – OCDE, atenta a esta problemática, sugere que a regulação deve ser antecedida da análise de impacto regulatório – AIR, a qual deve avaliar as seguintes questões: (i) se o problema que demanda a atuação do Estado foi corretamente definido; (ii) se a ação estatal é justificada, considerando os seus possíveis custos e benefícios e as alternativas cabíveis; (iii) se há base legal para a regulação estatal; (iv) se o grau de intervenção é o mínimo possível para atingir o objetivo visado; (v) se os benefícios da regulação justificam os seus custos; (vi) se a distribuição dos efeitos positivos e negativos da regulação na sociedade é pautada pela transparência; (vii) se a regulação é clara, consistente, compreensível e acessível aos administrados; (viii) se todas as partes interessadas tiveram a oportunidade de apresentar as suas opiniões e críticas a respeito das normas regulatórias através de mecanismos de consultas públicas; (ix) se a observância das normas regulatórias pelos particulares é incentivada e assegurada através da distribuição eficiente de competências entre órgãos do Estado; (x) se a regulação foi implementada da maneira como o esperado. O estudo dos impactos da regulação deve compreender, ainda,



“(…) pode-se considerar a análise de impacto regulatório como uma análise sistemática e consistente de potenciais impactos que possam resultar da atividade ou omissão do Estado (...)”

a análise das suas consequências à concorrência, aos grupos socialmente vulneráveis ou excluídos, ao meio ambiente, aos direitos dos administrados e dos agentes econômicos.

Para Colin Kirkpatrick e David Parker, a análise de impacto regulatório é um método capaz de ajudar no desenho, na implementação e no monitoramento de melhorias dos sistemas regulatórios, oferecendo uma metodologia de avaliação das consequências da intervenção regulatória do Estado. A análise de impacto regulatório fortalece a governança regulatória, a melhoria da competitividade e o apoio à tomada de decisão no processo de execução de políticas públicas.

Em sua origem, como definem Robert W. Hahn e Paul C. Tetlock, a análise de impacto regulatório seria uma ferramenta utilizada pelos economistas para analisar as medidas regulatórias.

Por outro lado, tendo por base o cenário europeu, portanto mais abrangente, Claudio M. Radaelli entende a análise de impacto regulatório como um prerequisite para a produção de uma decisão regulatória, sendo que a proposta de medida deve passar por algumas etapas

para ser elaborada e sugerida ao agente político ou administrativo competente, quais sejam: (i) definição do problema; (ii) identificação das falhas de mercado; (iii) análise do *status quo*, definição das possíveis alternativas de ação; (iv) escolha dos critérios de análise; (v) ampla consulta aos personagens envolvidos; (vi) estudos sobre cada uma das alternativas e suas consequências para os sujeitos afetados; e (vii) a recomendação para a adoção de uma medida.

Já Scott Jacobs, em visão mais contemporânea, define a análise de impacto regulatório como sendo um processo de tomada de decisão baseado em evidências para identificar se a regulação é necessária e qual solução é mais apropriada. Além disso, complementa o autor, pode-se considerar a análise de impacto regulatório como uma análise sistemática e consistente de potenciais impactos que possam resultar da atividade ou omissão do Estado, além de um canal de comunicação entre os tomadores de decisão e aqueles que serão afetados pela medida objeto da intervenção regulatória.

Como se vê, a análise de impacto regulatório está baseada no uso sistemático de análises sobre os possíveis

efeitos das escolhas estatais. Apresenta como principais etapas (i) a delimitação de objetivos e meios pretendidos pela decisão a ser tomada, (ii) o mapeamento dos prováveis impactos regulatórios, (iii) a análise dos custos e benefícios de cada uma das medidas vislumbradas e (iv) o monitoramento dos efeitos após sua implementação.

Em outros termos, e conforme proposta de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o processo de implementação da análise de impacto regulatório passa necessariamente por três fases: (i) inicial (expositiva): definição dos objetivos e das consequências da ação regulatória proposta ou já existente; (ii) intermediária (debate/ponderação): debate, com a participação dos regulados, (agentes econômicos, usuários e consumidores), para definição dos critérios de escolha da melhor decisão, com a atribuição de pesos valorativos às alternativas apresentadas; e (iii) final (decisória): implementação ou revisão da regulação.

Em essência, a análise de impacto regulatório inicia-se com a identificação e avaliação do problema e dos objetivos que se buscam alcançar por meio da regulação e continua com a avaliação dos custos e benefícios dos possíveis processos para a sua execução, optando pela alternativa que, de um lado, oferece o maior benefício público, mas que de outro cause menos efeitos indesejáveis.

As avaliações compreendidas na análise de impacto regulatório dão ensejo à transparência do processo de tomada de decisão e, nesta medida, aumentam a legitimidade da atividade de regulação por meio da participação dos interessados no processo de escolhas públicas. Nesse sentido, pode-se afirmar que o instrumento é, contemporaneamente, essencial à atividade estatal sob o Estado Democrático de Direito.

Assim, a análise de impacto regulatório representa um procedimento de validação da tomada de decisões regulatórias que expõe os riscos, os benefícios ao interesse público e as consequências das políticas públicas implementadas pela regulação. A análise não funciona apenas como instrumento para definição da intensidade e da qualidade da regulação, mas também da sua própria necessidade, permitindo, ainda, a exteriorização dos seus custos e benefícios.

Partindo de tal premissa, o agente regulador deve demonstrar a razoabilidade de suas decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito. Consequentemente, a análise de impacto regulatório em muito se aproxima do princípio da proporcionalidade.

Na sua tríplice estrutura – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – a proporcionalidade deve guiar o itinerário lógico a ser percorrido pelo regulador:

“(…) o agente regulador deve demonstrar a razoabilidade de suas decisões, os seus prováveis custos diretos e indiretos, os benefícios esperados e a razão pela qual não foram escolhidos outros meios para atingir o mesmo propósito.”

Há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional e sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Para Hely Lopes Meirelles, a proporcionalidade relaciona-se à “proibição do excesso que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”.

Discorrendo quanto a razoabilidade, Agustín Gordillo pontifica:

La decisión (...) será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es “irrazonable,” lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: a) no de los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde em hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación con lo que se quiere lograr.

Posteriormente, o autor assinala os requisitos que servem de fundamento à noção da regra da proporcionalidade: “a) el fin de la ley y el fin del acto; b) el fin de la ley y los medios que el acto elige para cumplirla; c) las circunstancias de hecho que dan causa al acto y las medidas o el fin que el acto tiene, ostentan así no sólo base constitucional, sino también legal”. São quesitos que

devem ser empregados, certamente, à ponderação das intervenções regulatórias.

Analisando a regra da proporcionalidade, Virgílio Afonso da Silva pontua que seu objetivo é fazer com que nenhuma restrição tome dimensões desproporcionais. É, na expressão do autor, uma restrição às restrições. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. A análise é feita dentro de uma relação de subsidiariedade, razão pela qual o exame da adequação precede ao da necessidade, que, por sua vez, precede ao da proporcionalidade em sentido estrito.

Uma medida estatal é adequada quando o seu emprego faz com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou, ao menos, fomentado. Para que uma medida seja considerada adequada, portanto, não é necessário que o seu emprego leve à realização do fim pretendido, bastando apenas que o princípio que legitime o objetivo seja fomentado.

Logo, um ato estatal limitador é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o valor atingido.

Proporcionalidade em sentido estrito consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao valor atingido e a importância da realização do valor que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Em síntese, a escolha pública expressada na intervenção regulatória do Estado deve ser fruto da ponderação ótima entre valores eventualmente colidentes e da avaliação dos custos e benefícios da regulação. A adequada ponderação depende do grau de informações agregadas pelo agente regulador. Quanto maior o grau de informações agregadas pelo agente regulador, mais adequada será a decisão, já que ela será decorrência da ponderação entre valores eventualmente colidentes e da avaliação dos custos e benefícios da regulação.

Por tais razões, é certo que uma intervenção de regramento público de atividades econômicas – em especial aquelas próprias da iniciativa privada, não serviços públicos – deve perpassar por avaliação cuidadosa que, em verdade, é o único procedimento capaz de lhe outorgar legitimidade material à luz do Estado contemporâneo.

Ao deixar de observar tal cautela, o que se nota – não raramente – são medidas que, sob a tentativa de execução de valores socialmente adequados, acabam por afetar, com maior gravidade do que o problema que se pretendia combater, valores outros como o desenvolvimento econômico e social, de igual ou maior relevância.

É por tais razões que não podem ser considerados legítimos, nem materialmente válidos, iniciativas de intervenção regulatória que careçam da mencionada

ponderação, sob pena de que se qualifiquem, em efetivo, como meras arbitrariedades dos agentes de Estado, cometidas na suposta execução do bem público que deveriam tutelar.



Referências bibliográficas

- BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. Oxford: Oxford, 1998.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Intervenção Federal nº 2.257-6/SP.
- GALLOT, Jérôme. Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la concurrence et de la consommation*. Paris, vol. 119, janvier-février, 2001.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo 1, 8ª ed., Buenos Aires, F.D.A., 2003.
- HAHN, Robert W., TETLOCK, Paul C. *Has economic analysis improved regulatory decisions?* Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=982233. Acesso em 12.12.2012.
- JACOBS, Scott. *International best practices in regulatory impact analysis*. Disponível em: http://info.worldbank.org/etools/docs/library/122723/International%20Best%20Practices%20in%20Regulatory%20Impact%20Analysis_Scott%20Jacobs.pdf. Acesso em 12.12.2012.
- KIRKPATRICK, Colin; PARKER, David. Editorial: regulatory impact assessment – an overview. *Public Money and Management*, v. 24, n. 5, p. 267-270, 2004.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 9, n. 36, out-dez/2011. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OCDE. *Building a framework for conducting Regulatory Impact Analysis (RIA): Tools for Policy-Makers*. Paris, 2007. Disponível em: <http://www.oecd.org/mena/governance/38706266.pdf>. Acesso em 12.12.2012.
- RADAELLI, Claudio M. *What do governments get out of regulatory reform? The case of regulatory impact assessment*. Disponível em: <http://centres.exeter.ac.uk/ceg/research/riacp/documents/TromsoWhatgovernmentsgetoutofregulatoryreform14Julyver.pdf>. Acesso em 12.12.2012.
- ROSA, Christian Fernandes Gomes da. *Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito*. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência nos setores de infraestrutura: análise do caso brasileiro à luz da jurisprudência do CADE*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, nº 798, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- VALENTE, Patrícia Rodrigues Pessoa. A análise de impacto como mecanismo de controle do tabaco. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 8, n. 32, out-dez/2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

O exercício da democracia no PLS nº 236/12: o anteprojeto do novo Código Penal

Pedro Beretta | Advogado

A Constituição Federal estabelece no artigo 5º, XXXIV, o seguinte: “XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.”

Com fundamento nesse preceito, qualquer cidadão possui o direito constitucional de reclamar, questionar e opinar em defesa de direitos, ilegalidade ou abuso de poder por parte do Estado em algo relevante e que influencie a um interesse próprio ou de toda coletividade.

O Projeto de Lei do Senado Federal nº 236/12 (também chamado de “Projeto Sarney”) tem por objetivo a reforma do Código Penal Brasileiro, datado do ano de 1940. Para a realização dos trabalhos, o Senado Federal instituiu uma comissão de nobres juristas com a finalidade de elaborar um Anteprojeto de Código Penal, dentre eles Luiz Flavio Gomes (Jurista), Min. Gilson Dipp (Ministro do Superior Tribunal de Justiça), Luiz Carlos Gonçalves (relator da Proposta) etc.

A priori, o próprio Senado Federal estabeleceu o prazo de 180 dias para término dos trabalhos. Ou seja, 6 meses para se constituir um novo instrumento normativo em matéria criminal que, atualmente, é tratado como o “salvador” de todos os problemas da sociedade brasileira, detentor de uma falsa sensação de segurança pública. No entanto, esquecemos ou fazemos questão de não lembrar que o Direito Penal é *ultima ratio*, derradeiro instrumento na resolução de conflitos.

Em que pese a preocupação do Exmo. Senador da República Pedro Taques em aposentar o Código atual, em muitos aspectos, já obsoleto, s.m.j., o prazo estabelecido

para a reformulação de um novo Código Penal não pode ser feito em menos de um ano.

Não obstante a enorme capacidade jurídica dos membros da Comissão do Senado Federal, pontuais problemas começaram a ocorrer, visto a inclusão de equivocados elementos técnicos de ordem material. Diante disso, diversos órgãos e institutos de estudo do Direito Penal começaram a se manifestar, em sua maioria, contrários a proposta do Anteprojeto do novo Código Penal, haja vista a ocorrência de elementos desproporcionais, seja no tratamento de tipos penais já existentes ou na inserção de novas condutas punitivas.

Para fins de conhecimento, seguem abaixo algumas mudanças estabelecidas pela Comissão na Parte Especial:

- Omissão de socorro

Art. 132. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena – prisão, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal grave, em qualquer grau, e triplicada, se resulta a morte.

Art. 393. Abandonar, em qualquer espaço público ou privado, animal doméstico, domesticado, silvestre ou em rota migratória, do qual se detém a propriedade, posse ou guarda, ou que está sob cuidado, vigilância ou autoridade:

Pena – prisão, de um a quatro anos.

- Explorar jogo de azar (extinção da contravenção penal)

Pena: 1 a 2 anos

- Criação do tipo penal “Organização Criminosa”
Pena: até 10 anos de prisão
- Criação do Tipo Penal de “Bullyng”
Pena: de 01 a 04 anos de prisão
- Criação da corrupção “privada” e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Podemos observar que a desproporcionalidade na aplicação das penas é um dos tópicos mais criticados pela comunidade jurídica, vez que estabelece maior punição para crimes cometidos em detrimento de animais que para omissão de socorro a crianças abandonadas.

Além disso, a proposta propõe a aplicação de elementos doutrinários na Parte Geral do Código Penal e a supressão do livramento condicional, este último, sistema existente em outras legislações mundo afora, característico da progressividade do sistema penitenciário.

O ex-Ministro da Justiça, Miguel Reale Jr., esteve à frente do “*Ato em Defesa do Direito Penal: Críticas ao Projeto Sarney*”, ocorrido em 24/9/12 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP, em São Paulo. O jurista criticou severamente a proposta apresentada e o modo que os trabalhos foram conduzidos, inclusive ao sugerir o ceifamento natural do Projeto, considerando-o “desastroso”. Deste encontro, nasceu um documento de repúdio a presente proposta, já enviado ao Senado Federal meses atrás.

No entanto, ele não estava só.

O ato recebeu o apoio de mais de 15 entidades representativas de classe, como a Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e do judiciário, como o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, além da Ordem dos Advogados do Brasil. Ora Senadores, alguma coisa está errada!

A partir do momento em que várias instituições estão preocupadas com o seguimento e a consequente aprovação do novo Código Penal, a única “classe” prejudicada é a sociedade.

O Brasil, infelizmente, vive um momento de insegurança criminal muito grande, vez que a população, movida por alguns órgãos de imprensa sensacionalistas, aderiu a uma política de encarceramento natural, onde a Justiça, apesar de utópica neste contexto, faz-se a partir de instrumento prisional imediato.

Desta forma, toda e qualquer alteração legal que venha prejudicar e suprimir direitos e garantias constitucionais de suspeitos, investigados ou réus, desde que se faça a famigerada “JUSTIÇA”, será sempre bem vinda.

Cabe a nós, operadores do direito, não permitir esta atrocidade.



Não é possível que as pessoas não percebam que nosso sistema penitenciário não funciona? Realmente existe a possibilidade de ressocialização? Atualmente, não.

Diante disso, não há espaço para vaidades, alianças ou desavenças sobre o novo Código Penal apenas por receio de agradar a gregos e troianos.

É óbvio que erros existem, alguns até esdrúxulos. Porém, existem mudanças positivas e pontuais, necessárias ao bom desenvolvimento da política criminal em nosso ordenamento jurídico como, a meu ver, a reunião de todos os tipos penais em um só livro.

Apesar de ser um jovem advogado criminalista, ainda virgem na profissão e sonhador com um Direito Penal mais justo e solidário, garantidor de todos os direitos e garantias fundamentais existentes em qualquer Estado Democrático de Direito, uma observação há de ser feita: O Direito Penal acadêmico não condiz com o Direito Penal verdadeiro.

O Direito Penal tem o condão de movimentar toda a sociedade e suas opiniões, diferentemente do que ocorre com outros ramos do Direito, como Direito Civil, Tributário, Trabalhista etc. Isto ocorre, pois a sociedade

“A reforma do Código Penal não atinge apenas a comunidade jurídica. A norma penal interessa a todos, pois a liberdade não se discute, se proclama.”

brasileira utiliza o Código Penal como o principal instrumento de controle à criminalidade.

A parcial modernização do Código Penal é iminente, essencial ao regular desenvolvimento do País. No entanto, a matéria penal é delicada, vez que lida com a liberdade do indivíduo e para tanto, é indispensável que haja um impecável conhecimento técnico, onde os erros sejam minimizados ao seu máximo.

Ainda há muito o que fazer, porém não podemos negar os progressos alcançados em nosso País no que diz respeito ao regular desenvolvimento da Justiça criminal.

O momento é de reflexão, novas ideias e transformações. Porém, sempre condizente com princípios basilares do Direito Penal, sem espaço para entraves políticos de ambos os lados, seja aos que apoiam ou rejeitam o novo Código Penal.

Ocorre que, até o presente momento, presenciamos ataques diários entre os dois lados, em um verdadeiro cabo de guerra jurídico, onde a corda deverá estourar em algum momento.

Apenas uma indagação: Adivinhe quem está no meio desta disputa? A sociedade. Isto não pode prosperar; vivemos em uma democracia!

A reforma do Código Penal não atinge apenas a comunidade jurídica. A norma penal interessa a todos, pois a liberdade não se discute, se proclama.

Cesare Beccaria, principal aplicador da filosofia francesa à Legislação Penal, autor da obra *Dos delitos e das Penas*, asseverou o seguinte:

Lei sábia e cujos efeitos são sempre felizes é a que prescreve que cada um seja julgado por seus iguais; porque, quando

se trata da fortuna e da liberdade de um cidadão, todos os sentimentos inspirados pela desigualdade devem silenciar¹.

Não obstante todas as ideias já ventiladas e discutidas para o crescimento e desenvolvimento gradual do novo Código Penal, plausível seria, *data vênia*, as seguintes providências:

- A criação de uma Comissão revisora para discussão e votação do Anteprojeto do novo Código Penal, com o fim de auxiliar nos trabalhos já realizados na elaboração da proposta;
- A divulgação incessante nos órgãos de comunicação nacional, como jornais de grande circulação, revistas, órgãos de classe, televisão e Internet, a fim de promover audiências públicas em todos os Estados da Federação e a consulta à Nação brasileira;
- A realização de encontros quinzenais entre a Comissão oficial do Senado Federal e os representantes das seguintes instituições: Defensoria Pública dos Estados e da União, Ministério Público Estadual e Federal, Magistratura Estadual e Federal, Ordem dos Advogados do Brasil, Forças de Segurança Pública, membros do Poder Executivo e Legislativo, entidades de classe como IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) e IDDD (Instituto do Direito de Defesa), professores universitários, com o único fim de acompanhar, sugerir e opinar sobre as mudanças estabelecidas no novo Código Penal;
- A imediata suspensão dos trabalhos para aprovação do Projeto de reforma do novo Código Penal;
- A expedição de nota pública explicativa a toda sociedade e comunidade jurídica nacional, expondo os motivos da ausência de uma Comissão revisora, bem como as implicações jurídicas que eventuais mudanças na legislação criminal poderão implicar;
- A ampliação do prazo para apresentação de Emendas ao presente projeto.

É necessário, sim, discutir a questão, ao menos tentar. O Código Penal é o último instrumento a ser adotado em uma ordem institucional organizada e livre, onde se deve, em tese, atuar de forma limitada, seja pela dispensabilidade ou ausência de fatos que corroborem à sua aplicação. Quando buscamos tapar buracos ao invés de construir novas estradas fomentamos a aplicação de um Direito Penal do autor, verdadeiro instrumento violador da maior conquista democrática do nosso País: a Constituição Federal de 1988.



Nota

¹ BECCARIA, Cesare: *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira; prefácio de Evaristo de Moraes. Bauru, SP: Edipro, 2ª Ed., 2ª tir. 2011. – Série Clássicos EDIPRO.



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

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

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

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

BRASIF
MÁQUINAS

BRASIF
Rental

BRASIF
IMOBILIÁRIA

BRASIF
INVESTIMENTOS

EMPRESAS
BRASIF

Mata Velha
CERVEJAS

GENEAL
Genética e Biotecnologia Animal

Da Mata

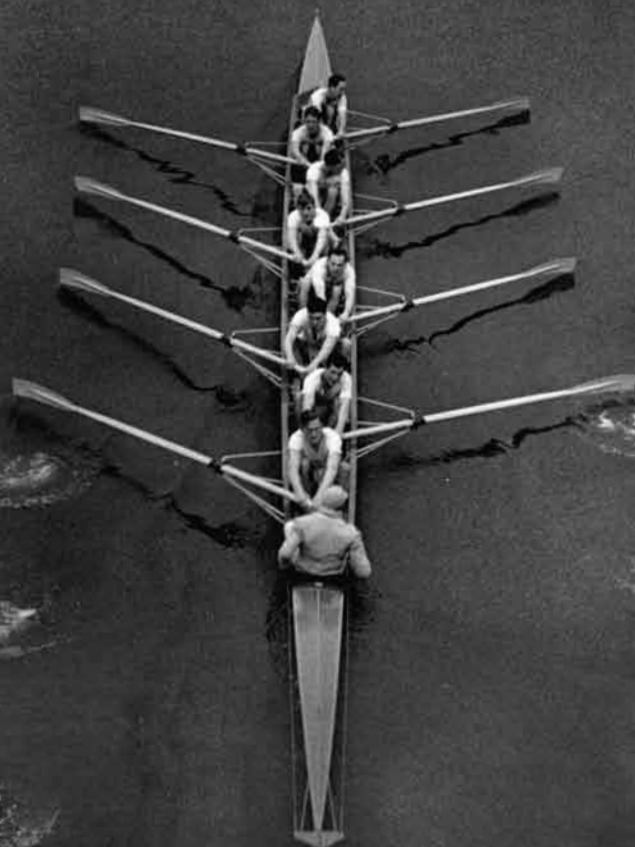
LOUNGERIE

Brasif Social

www.brasif.com.br



FONTES · TARSO RIBEIRO
ADVOGADOS



RIO DE JANEIRO

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

SÃO PAULO

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

WWW.FTR.COM.BR