

JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X | EDIÇÃO 217 - SETEMBRO DE 2018

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRESIDENTE DO STJ

**“QUERO SER O PRESIDENTE
DO MAIS EFICIENTE
TRIBUNAL DO PAÍS”**

EDITORIAL: INDEPENDÊNCIA, AUTONOMIA E LIBERDADE

Sem advocacia não existem as garantias constitucionais, o direito de defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Constituição Federal de 1988



Sumário



8 *Capa:* “Quero ser o presidente do mais eficiente Tribunal do País”

- | | |
|--|--|
| 6 <i>Editorial:</i> Independência, autonomia e liberdade | 28 Liberdade de expressão dos membros do Ministério Público |
| 14 A AGU perante o STJ: Disposição para o diálogo institucional e o aprimoramento do Sistema de Justiça | 32 A arbitragem e a sua controversa vinculação aos precedentes do novo Código de Processo Civil |
| 18 Quinto constitucional equilibra e qualifica o Judiciário | 36 A nova era dos contratos de integração vertical no agronegócio brasileiro |
| 20 Honram a beca e dignificam a toga: Os novos dirigentes do STJ | 40 A verdade sobre o distrato e suas consequências: Desconstruindo a equivocada interpretação e aplicação automática da Súmula 543 do STJ |
| 22 O Conselho Nacional de Justiça e sua Corregedoria Nacional | 44 Missão dada, missão cumprida |
| 24 Os desafios da Magistratura para a consolidação do Estado Democrático de Direito | 48 Interferência indesejável: Saneamento básico e a atuação do Poder Judiciário |

1921 - 2016 • Orpheu Santos Salles

JC

editora JC

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

ISSN 1807-779X

Tiago Salles
Editor-Executivo

Erika Branco
Diretora de Redação

Diogo Tomaz
Coordenador de Produção

Ada Caperuto
Jornalista colaboradora

Luci Pereira
Expedição

Correspondente:

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

CTP, Impressão e Acabamento
Zit Gráfica

 facebook.com/editorajc



Instituições parceiras



Edição 217 • Setembro de 2018 • Capa: Emerson Leal

Conselho Editorial

Bernardo Cabral
Presidente

Adilson Vieira Macabu
Alexandre Agra Belmonte
Ana Tereza Basilio
André Fontes
Antônio Augusto de Souza Coelho
Antônio Souza Prudente
Aurélio Wander Bastos
Benedito Gonçalves
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário Velloso
Cármen Lúcia Antunes Rocha
Cláudio dell'Orto
Dalmo de Abreu Dallari
Darci Norte Rebelo
Enrique Ricardo Lewandowski
Erika Siebler Branco
Ernane Galvêas
Fábio de Salles Meirelles
Gilmar Ferreira Mendes
Guilherme Augusto Caputo Bastos
Henrique Nelson Calandra
Humberto Martins
Ives Gandra Martins
João Otávio de Noronha
José Antonio Dias Toffoli
José Geraldo da Fonseca
José Renato Nalini

Julio Antonio Lopes
Luis Felipe Salomão
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
Luís Inácio Lucena Adams
Luís Roberto Barroso
Luiz Fux
Marco Aurélio Mello
Marcus Faver
Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Maurício Dinepi
Mauro Campbell
Maximino Gonçalves Fontes
Nelson Tomaz Braga
Ney Prado
Paulo de Tarso Sanseverino
Paulo Dias de Moura Ribeiro
Peter Messitte
Ricardo Villas Bôas Cueva
Roberto Rosas
Sergio Cavalieri Filho
Sidnei Beneti
Siro Darlan
Sylvio Capanema de Souza
Thiers Montebello
Tiago Salles

BASILIO

ADVOGADOS



Fundado por advogados de destaque no cenário nacional, egressos dos principais escritórios de advocacia do País, Basilio Advogados tem atuação empresarial, baseada no atendimento a grandes empresas de diversos segmentos, tais como concessionárias de serviço público, mineradoras, bancos, construtoras, shopping centers, assim como a pessoas físicas.

O Escritório conta com uma equipe multidisciplinar, que atua em diversos segmentos empresariais, priorizando a ética em suas relações e a busca constante pela excelência.

Em sintonia com a constante evolução das demandas sociais e alinhado a recursos tecnológicos, o escritório tem por objetivo essencial e compromisso institucional a prestação de serviços de excelência jurídica, com a confecção artesanal dos trabalhos e atuação diferenciada, tudo isso pautado por uma política de tratamento personalizado ao cliente, sempre na busca da solução mais objetiva, célere e adequada para cada assunto.



Rio de Janeiro

Av. Presidente Wilson, 210-12º e 13º andares
Centro - Rio de Janeiro - RJ - Cep: 20.030-021
Tel.: 55 21 2277 4200
Fax: 55 21 2210 6316

São Paulo

R. Leôncio de Carvalho, 234 - 4º andar
Paraíso - São Paulo
SP - Cep: 04.003-010
Tel./Fax: 55 11 3171 1388

Brasília

SCN - Qd 04, BL B, Péta D, Sala 502
Centro Empresarial Varig - Brasília
DF - Cep: 70.714-900
Tel.-Fax: 55 61 3045 6144

Independência, autonomia e liberdade

Em 7 de setembro, a nação brasileira celebrará 196 anos da proclamação da independência. Trinta dias depois dessa importante data cívica, teremos outro chamamento ao exercício da cidadania: o primeiro turno das eleições gerais de 2018. Os dois eventos se assemelham em muitos aspectos. Em 1822, vivíamos um momento de grave conflito político e econômico, o que forçou o Imperador Pedro I a tomar a decisão de declarar a quebra dos vínculos com Portugal. Nos dias de hoje nos encontramos em meio a uma transição, fruto da quebra do círculo vicioso das mazelas de uma histórica corrupção.

Começamos a dar nosso “grito” de independência, um basta a esse tipo de prática, há alguns anos. E o melhor é que o processo de construção desse novo Brasil vem ocorrendo pelas vias das leis e da justiça.

Em um período muito curto, fomos capazes de colocar no caminho da democracia um país antes sufocado por um regime de exceção. Libertamo-nos da opressão e da censura. Decorridos pouco mais de trinta anos, hoje temos o direito de escolher nossos governantes. Nesse breve espaço de tempo desenhamos sólidas instituições que atuam dentro da mais legítima legalidade constitucional. Contamos, pois, com uma estrutura institucional de contornos muito bem definidos, plena em sua autonomia. Conseguimos elaborar e promulgar uma Constituição que pri-

vilegia os direitos humanos. Tivemos êxito no processo de melhoria da ética pública e privada. Superamos décadas de instabilidade de nossa moeda que inibia o desenvolvimento da economia, o que se refletiu em sensível melhora no padrão de vida de um grande número de brasileiros. Enfim, hoje temos estabilidade institucional suficiente para levar adiante operações de combate à corrupção. Nosso “grito” também foi o responsável pela reforma política que, embora não seja ainda plenamente satisfatória, permitiu mudar regras que abriam margens para as práticas ilícitas.

E somos nós, brasileiros, que devemos continuar cobrando das instituições que conduzam suas respectivas missões dentro dos mais criteriosos modelos de transparência e ética – sejam elas integrantes do Poder Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Sobre este último, em tempos de questionamento sobre sua estrutura e sua conduta, destacamos nesta edição a entrevista com o ministro João Otávio de Noronha, que assume a presidência do Superior Tribunal de Justiça disposto a ser o gestor do mais eficiente tribunal do País; trazemos a visão do presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Claudio Lamachia, sobre a importância do quinto constitucional para a manutenção do equilíbrio e da qualificação do Judiciário; abordamos a relação de saudável diálogo institucional entre a Advocacia-Geral da União e o Superior Tribunal de Justiça, em

nome do aprimoramento do sistema de justiça; revelamos os desafios da magistratura para a consolidação do Estado Democrático de Direito; e discutimos até onde vai a liberdade de expressão dos membros do Ministério Público.

Ao trazer este conteúdo esclarecedor, cumprimos a nossa missão dentro do escopo que nos compete. Transformar radicalmente a estrutura corrompida do País não será uma tarefa fácil, nem simples, nem breve. Ainda assim, tenho certeza de que os brasileiros não se curvarão ao pessimismo e de que temos razões e motivos suficientes para ter esperanças que as próximas eleições serão o início de uma grande mudança.

Hoje, em qualquer lugar aonde vamos, de norte a sul do país, encontramos pessoas que falam sobre política tanto quanto, em outros tempos, comentavam sobre futebol. Nunca antes estivemos tão conscientes de que é preciso vigiar, fiscalizar e cobrar as mudanças que queremos ver em nosso país. Essa busca por integridade é fundamental para dar continuidade a este fluxo tão positivo de transformação. Esta é a nossa responsabilidade perene. Por isso, a importância de escolher com muito cuidado os candidatos que serão “confirmados” pelo voto nas urnas. Para que, no universo das nações reconhecidas pela ética, pelo desenvolvimento social e pela moralidade institucional, resplandeça o Brasil, sempre independente, soberano e livre.





Foto: SCO/STJ

Ministro João Otávio de Noronha, presidente do Superior Tribunal de Justiça

“Quero ser o presidente do mais eficiente tribunal do País”

Novo presidente do STJ, o ministro João Otávio de Noronha ficará no cargo durante o biênio 2018-2020 e tem como principal proposta de gestão a eficiência para garantir os melhores resultados da Corte.

Capa, da Redação

Eleito pelo plenário para assumir a presidência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 6 de junho, o Ministro João Otávio de Noronha ocupará o cargo nos próximos dois anos, sucedendo Laurita Vaz. Ele contará com a ministra Maria Thereza de Assis Moura na vice-presidência. Em pronunciamento feito logo após a eleição, o ministro declarou que buscará “incessantemente um resultado chamado eficiência” e que pretende promover um “choque comportamental e cultural”, mostrando-se propício a realizar investimentos em inteligência artificial para dar andamento aos estoques de recursos repetitivos da corte.

No STJ desde dezembro de 2002, onde ingressou pelo quinto constitucional, João Otávio de Noronha é natural de Três Corações (MG). Formado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (1981), possui especialização em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Civil pela mesma instituição. Exerceu a função de corregedor-geral da Justiça Federal (2011-2013), foi ministro do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), de 2013 a 2015, e diretor-geral da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) no mesmo período.

Sua carreira teve início em 1974, como funcionário do Banco do Brasil, tornando-se, depois, advogado da instituição, consultor jurídico geral (1994-2001) e diretor jurídico (2001-2002). Em 1987, foi aprovado em primeiro lugar no concurso público para o cargo de juiz de Direito de Minas Gerais, porém permaneceu na advocacia. Foi professor da cadeira de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Varginha. Ocupou o cargo de conselheiro da Seção de Minas Gerais da Ordem dos Advogados do Brasil (1993-1994) e, posteriormente, foi conselheiro federal da OAB (1998-2002).

“Registro que o STJ sempre foi um tribunal eficiente, mas os tempos passaram e hoje existem instrumentos que podem torná-lo bem mais eficiente. Cito, por exemplo, na área de TI, a adoção da inteligência artificial.”

Confira a seguir a íntegra da entrevista:

Revista Justiça & Cidadania – Quais serão as prioridades de sua gestão na presidência da Corte?

João Otávio de Noronha – As prioridades estão concentradas em cinco grandes pontos e terão como norte a adoção de medidas que melhorem a eficiência do órgão, a saber: investir em inteligência artificial com o propósito de acelerar os julgamentos dos recursos e processos em trâmite no STJ; otimizar a utilização dos recursos tecnológicos; fundar e instalar a Escola do Servidor do STJ com o propósito de investir na formação e no aperfeiçoamento de nossos servidores; implementar política de reconhecimento e valorização dos servidores mediante a adoção de práticas que despertem a dedicação à prestação de serviço de melhor qualidade ao cidadão; por fim, desenvolver meios de melhor integração com os usuários do serviço jurisdicional, entre os quais se destaca dispensar maior atenção à advocacia.

RJC – De seu ponto de vista, quais são os desafios que se impõem, hoje, na missão do STJ de uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil?

JON – Hoje, o desafio do STJ no que tange à missão constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal consiste, sobretudo, em dissipar as divergências: primeiro, internas e, segundo, nos tribunais. Há teses já fixadas pela Corte que não vêm sendo adotadas pelos tribunais estaduais e pelos tribunais regionais federais. Isso é ruim na medida em que os processos necessariamente acabam chegando ao STJ para que faça prevalecer sua jurisprudência. Por isso, é importante trabalhar para convencer os tribunais de que deve haver uma disciplina jurídica. A Constituição criou um órgão de cúpula com a missão de uniformizar a jurisprudência. Atingido esse objetivo, não tem cabimento os tribunais estaduais, os regionais federais e os juízes de primeiro grau desconsiderarem a orientação traçada pela Corte superior.

RJC – Em pronunciamento feito quando de sua eleição, o senhor declarou que a busca pela eficiência é o que sobressai como uma de suas prioridades enquanto presidente do STJ. Qual é o grau de eficiência da Corte hoje e o que falta para que se torne, como o senhor mesmo mencionou “o mais eficiente tribunal do País”?

JON – Registro que o STJ sempre foi um tribunal eficiente, mas os tempos passaram e hoje existem instrumentos que podem torná-lo bem mais eficiente. Cito, por exemplo, na área de TI, a adoção da inteligência artificial. Tomando uma série de provi-

dências e promovendo reformas estruturais internas, será possível movimentar servidores da atividade de meio para a atividade fim e, com isso, diminuir o tempo de retenção de processos ou recursos. Em termos de eficiência, poderemos avançar, e isso significa que o jurisdicionado será o grande beneficiado, pois atingiremos o intento da duração razoável do processo.

RJC – O senhor também mencionou a necessidade de um “choque comportamental e cultural”. Qual seria o viés, a abrangência e o objetivo dessa medida?

JON – Iremos trabalhar para que ocorra uma mudança comportamental e, conseqüentemente, uma mudança cultural dos servidores da casa, os quais, diga-se de passagem, são muito competentes e comprometidos. A ideia é desburocratizar, simplificar, abolir trabalhos repetidos ou trabalhos desnecessários. O objetivo, portanto, é vincular a ação dos servidores a um resultado que traduza a eficiência do órgão.

RJC – O senhor é um defensor da capacitação prévia para magistrados lidarem com os aspectos administrativos da carreira. Quais de suas experiências administrativas melhor o capacitaram para o atual cargo?

JON – Sempre fui favorável à capacitação dos juízes para a liderança, sobretudo, para a administração da vara, do fórum ou, mais tarde, do próprio tribunal. Administrar requer informação. Assim, os juízes precisam participar de cursos de formação para receber informações de como atuar, de como planejar, de como decidir, de como liderar os servidores. O gestor deve ser um líder. Deve conduzir sua equipe de modo que a energia de cada um convirja para um resultado efetivo. Existem magistrados com deficiência nessa área, o que pode ser sanado por meio de cursos que pretendemos implementar por intermédio da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam).

RJC – Ainda sobre seu pronunciamento na eleição, o senhor afirmou que a inteligência artificial pode ser um aliado na redução do estoque de recursos repetitivos. De que maneira isso pode ser feito? Há alguma proposta nesse sentido em seu plano de gestão?

JON – Não há dúvida de que a inteligência artificial permitirá a redução de estoque de processos, sobretudo de recursos repetitivos. A inteligência artificial vem sendo utilizada na indústria, no comércio, na pesquisa científica, e o Judiciário não pode ficar atrás. É sabido que a inteligência artificial trabalha dados, ou seja, primeiro, precisamos dos dados. Segundo,



Ministro João Otávio de Noronha, presidente do STJ

precisamos de acesso digital aos dados. Terceiro, os dados precisam ser lidos, catalogados, separados de acordo com a matéria ou o tipo de decisão para que, então, o sistema informatizado possa sugerir formatos ou modelos de decisão. O Superior Tribunal de Justiça precisa modernizar-se todos os dias, e hoje *modernização* e *gestão* compreendem a adoção de técnicas da inteligência artificial.

RJC – Os recursos repetitivos são apontados por integrantes do Judiciário como uma das questões a ser solucionada no que tange à busca de eficiência. Além de reduzir o estoque que já existe, o que poderia ser feito para que ele não volte a crescer?

JON – Soa estranho a outros países falar em recurso repetitivo em uma corte superior cuja missão é unificar o entendimento jurisprudencial ou interpretar por último a lei federal. Interpretado ou unificado o entendimento, não devem mais os órgãos subordinados, como os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais, julgar de modo contrário. No Brasil, porém, a situação é peculiar. Há uma quantidade enorme de recursos que ainda nem chegou ao STJ e está congestionando os tribu-

“ Em termos de eficiência, poderemos avançar, e isso significa que o jurisdicionado será o grande beneficiado, pois atingiremos o intento da duração razoável do processo.”



Ministro João Otávio de Noronha, presidente do STJ

nais estaduais do país. Daí a necessidade de adotar uma técnica especial de julgamento – o julgamento de recursos repetitivos –, em que se separam alguns processos que serão decididos com força vinculante. Interpretada a norma federal, como se resolve a questão naqueles casos que estão sob julgamento? Uma vez definida a tese, cabe aos tribunais aplicá-la de imediato. Caso não o façam, a lei prevê que os processos sejam devolvidos às instâncias ordinárias para que os juízes ajustem suas decisões à decisão do STJ, o que ensejará celeridade processual e, ao mesmo tempo, maior eficácia das decisões judiciais.

RJC – Em sua opinião, quais são hoje, os problemas que o Judiciário enfrenta que mais rapidamente carecem de solução?

JON – O Judiciário enfrenta uma série de problemas, entre eles, o corte orçamentário. Todavia, entendo que o maior desafio é a mudança de comportamento e de cultura. O Judiciário precisa ver com mais atenção o que vem ocorrendo na sociedade. Hoje ninguém mais tolera aquela morosidade que faz parte da cultura judicial. É preciso mudar essa mentalidade, melhorando a técnica de julgamento, a técnica de publicação, a técnica

de divulgação das decisões dos tribunais, além de imbuir os servidores do espírito de resultado. É importante lembrar que o juiz é um servidor e, como tal, precisa atingir resultados. Ele trabalha para um destinatário, que é o cidadão.

RJC – O Judiciário como um todo vem passando por um processo de exposição cada vez maior. O que pode ser feito para salvaguardar o Judiciário de críticas infundadas?

JON – A Justiça vem passando por uma exposição cada vez maior, e isso é consequência da democracia, traduzida nas liberdades fundamentais que imperam no País. Isso expõe mais o Judiciário, que é questionado por resultados, cobrado por eficiência, cobrado por coerência das decisões. Se, de um lado, é bom que isso aconteça, de outro, faz surgir críticas que ora procedem, ora não. Como lidar com a situação? Tendo humildade para aceitar as críticas construtivas e usá-las para a construção de novo modelo de Judiciário. As críticas im procedentes, incoerentes e injustas devem ser rebatidas, caso em que o esclarecimento pode levar o jurisdicionado a rever seu entendimento ou compreensão acerca do Judiciário.



21 a 23 de novembro de 2018

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Inscreva-se já:

www.institutojc.com.br/fonaje



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro



A AGU perante o STJ

Disposição para o diálogo institucional e o aprimoramento do Sistema de Justiça

Grace Maria Fernandes Mendonça | Advogada-Geral da União

A Advocacia-Geral da União, concebida pelo legislador constituinte originário de 1988 como Função Essencial à Justiça, recebeu a missão constitucional de representar judicial e extrajudicialmente a União – incluídos os três Poderes e as demais Funções Essenciais à Justiça – e de prestar consultoria e assessoramento jurídico, de forma exclusiva, ao Poder Executivo federal (art. 131 da Constituição da República de 1988).

A Instituição, que atingiu seu jubileu de prata neste ano de 2018, considerando ter sido efetivamente criada por meio da Lei Complementar nº 73, de 11 de fevereiro de 1993, atua em três principais áreas: consultiva, contenciosa e conciliatória.

A atuação preventiva consiste no assessoramento jurídico aos órgãos do Poder Executivo federal, nas searas da administração direta e indireta, com a finalidade de conferir segurança jurídica aos atos que serão praticados pelos gestores. A atividade consultiva visa, dessa forma, conferir viabilidade jurídica às políticas públicas, bem como às atividades de licitações e contratos, auxiliando ainda na proposição e análise de medidas legislativas.

Caso a atuação do gestor seja questionada no âmbito do Poder Judiciário ou mesmo perante outros órgãos não pertencentes à estrutura daquele Poder – com os administrativos e os de controle –, abre-se, respectivamente, a oportunidade de a AGU representar judicial e extrajudicialmente a União. O trabalho contencioso desempenhado pela Instituição visa garantir a efetividade das políticas públicas questionadas, a higidez dos atos praticados pelos gestores, bem como a constitucionalidade e legalidade dos

“A AGU tem procurado estreitar cada dia mais os laços de colaboração com os Membros integrantes do Superior Tribunal de Justiça, em irrestrito respeito aos relevantes serviços prestados pela Corte.”

atos normativos editados pelo Poder Público federal.

A última vertente consiste na área conciliatória – em pleno avanço no âmbito da Instituição –, por meio da qual se possibilita a construção de soluções pacíficas, fruto do diálogo, para os eventuais litígios que possam surgir entre os diversos entes federativos ou mesmo entre órgãos da própria União, buscando-se, com isso, evitar não apenas prestigiar a rápida pacificação de complexos conflitos como também contribuir para a melhor eficiência do Sistema de Justiça.

Os números que envolvem a AGU impressionam pela grandeza: a Casa conta com 12 mil membros e servidores e possui 249 unidades, distribuídas nas 27 unidades da Federação. Só no ano de 2017, cabe destacar de forma exemplificativa, foram produzidas

pela área consultiva 182 mil manifestações e 49 mil pareceres; já a atuação judicial resultou na arrecadação direta de R\$ 32 bilhões e impediu a saída indevida de R\$ 1,1 trilhão dos cofres públicos, por meio do trabalho de atuação e de acompanhamento em aproximadamente 20 milhões de processos e recursos judiciais. O ano de 2017 não se concentrou, todavia, somente na litigância judicial, já que, no período, a AGU formalizou mais de 80 mil acordos judiciais, o que proporcionou uma celeridade da resolução e controvérsias, além de ter possibilitado a economia de R\$ 1,4 bilhão. Este último dado não considera, importante registrar, o acordo envolvendo os planos econômicos, cuja mediação coube à AGU, com a participação da Federação Brasileira dos Bancos – Febraban, do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec, da Frente Brasileira dos Poupadores – Febrapo, e a intervenção do Banco Central do Brasil.

Os dados apontados são extraídos do trabalho desenvolvido pela Instituição em todo o território nacional, o qual se concretiza perante os diversos órgãos e Tribunais do Poder Judiciário brasileiro, por meio de uma especialização que guarda relação de correspondência com a estrutura organizacional do mencionado Poder.

Nesse contexto, aliás, merece registro, na oportunidade em que se vivencia a mudança na Presidência do Superior Tribunal de Justiça, a atuação da AGU perante essa relevante Corte de Justiça brasileira.

O STJ, que foi igualmente criado pelo legislador constituinte originário de 1988, é responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, quando não envolver matéria constitucional ou caso não se revele a competência da justiça especializada, cabendo-lhe ainda a administração da Justiça Federal, por meio do Conselho da Justiça Federal.

No âmbito desse Tribunal, o trabalho da AGU se consolida por meio da



atuação de quatro de seus órgãos. À Procuradoria-Geral da União compete a representação dos órgãos da administração direta da União; à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional cabe a representação da União em causas fiscais, na cobrança judicial e administrativa dos créditos tributários e não-tributários e no assessoramento e consultoria no âmbito do Ministério da Fazenda; à Procuradoria-Geral Federal incumbe a atuação em nome das mais de 150 autarquias e fundações públicas federais; e, por fim, a Procuradoria-Geral do Banco Central responde pela assessoria jurídica e representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil, Autarquia a quem compete cuidar da política monetária e do Sistema Financeiro Nacional.

Todo o trabalho é desenvolvido de forma articulada e extremamente responsável, cabendo mencionar que há muito já se abandonou a compreensão que o Advogado Público é obrigado a recorrer em todas as demandas. Hoje há uma série de atos normativos no âmbito da AGU que desestimulam esse comportamento, como súmulas administrativas e orientações jurisprudenciais, vedando a interposição de determinado recurso quando já houver jurisprudência consolidada em sentido contrário. Trata-se de prática que busca contribuir para a redução da litigiosidade, e que, acima de tudo, traz o respeito ao cidadão, principal destinatário das políticas públicas.

Não obstante a reverência que a AGU presta ao entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, nas situações em que não houver jurisprudência pacífica, os Advogados Públicos federais, por meio dos órgãos acima mencionados, promovem a defesa judicial dos interesses da União na seara do Poder Judiciário brasileiro, obtendo resultados dignos de destaque.

No âmbito do STJ, podem ser citadas demandas judiciais relevantes nas quais a atuação da AGU se revelou oportuna em favor dos interesses da União.

Um desses casos ocorreu quando a AGU confirmou, no Tribunal, a tese de que os entendimentos firmados em recursos especiais repetitivos devem ser imediatamente aplicados, inclusive a situações passadas. A decisão reconheceu que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) permite a modulação dos julgamentos neste tipo de recurso, exceto nas demandas em que a Corte determina expressamente qual limite temporal deve prevalecer.

Em outro processo, a Instituição obteve no âmbito da Corte Especial do STJ a validação do entendimento no sentido de que a União pode intervir em ação que envolve disputas possessórias entre particulares para demonstrar que a área é pública, em decisão que

repercutirá em outras ações que discutem a titularidade de imóveis da União.


Cabe citar ainda decisão unânime obtida pela AGU, na Terceira Turma do STJ, que tornou pública a patente do Soliris (eculizumab) – um dos remédios mais caros do mundo e o único disponível para tratar doença rara que afeta o sistema sanguíneo –, abrindo, com isso, caminho para a produção de genéricos do medicamento a um preço muito mais acessível. A Instituição defendeu que patentes de medicamentos e de produtos químicos registradas entre janeiro de 1995 e maio de 1996 (caso do Soliris) já expiraram, o que possibilita a concorrência de genéricos. O intervalo se refere ao período entre a assinatura de acordo internacional de proteção à propriedade intelectual (TRIPS, na sigla em inglês) e o início da vigência da legislação brasileira de propriedade industrial.

A AGU, em atuação conjunta com a Caixa Econômica Federal e o Banco Central do Brasil, obteve, na Primeira Seção do STJ, decisão que evita um impacto de R\$ 280 bilhões nas contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O valor corresponde ao prejuízo que seria provocado caso a Justiça determinasse que os saldos das contas do fundo fossem corrigidos pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) e não pela Taxa Referencial (TR), como ocorre atualmente.

Tais exemplos revelam a importância de uma atuação contenciosa responsável no âmbito da Corte Superior, mormente considerando, conforme mencionado, ser o cidadão o principal destinatário de todo o esforço institucional na defesa das políticas públicas.

Nesse sentido, aliás, a AGU tem procurado estreitar cada dia mais os laços de colaboração com os Membros integrantes do Superior Tribunal de Justiça, em irrestrito respeito aos relevantes serviços prestados pela Corte.

Nessa linha, cabe-nos desejar pleno êxito na vinda gestão da nova Presidência do Tribunal a ser assumida pelo Ministro João Otávio de Noronha e pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, respectivamente, na qualidade de Presidente e de Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal.

Suas Excelências contam com a dedicação incansável desta Advocacia-Geral da União, por meio de seus membros e servidores, para que a nobre missão atribuída ao Superior Tribunal de Justiça pelo constituinte originário de 1988 seja plenamente desenvolvida. Tenham a certeza da disposição da nossa Casa para o diálogo institucional e para a busca do aprimoramento do Sistema de Justiça brasileiro. 

BRUNO CALFAT

ADVOGADOS



O escritório **Bruno Calfat Advogados** tem o objetivo e a filosofia de prestar serviços de excelência, com foco no atendimento personalizado e de qualidade, com vistas à elaboração de estratégias e soluções jurídicas adequadas à demanda submetida por seus clientes.

A atuação dos membros do escritório se destaca nos órgãos do Poder Judiciário e na esfera administrativa, notadamente em procedimentos perante os Tribunais de Contas do Município, do Estado e da União, assim como em autarquias e órgãos públicos.

Áreas de atuação:

- Arbitragem;
- Direito Civil: *contratos, obrigações, sucessões e família*;
- Direito Empresarial e Societário;
- Direito Administrativo e Regulatório;
- Direito Constitucional;
- Direito Securitário;
- Direito Imobiliário;
- Direito Ambiental;
- Direito Internacional;
- Direito Eleitoral.

Quinto constitucional equilibra e qualifica o Judiciário

Claudio Lamachia | Presidente nacional da OAB

Em tempos de grandes questionamentos e críticas ao quinto constitucional, é importante reafirmar a sua importância não apenas para o sistema de Justiça, mas para toda a sociedade.

Mais do que mera opinião, é fato que o quinto constitucional tem garantido à segunda instância e aos tribunais superiores o conhecimento de destacados representantes da advocacia, de forma a proporcionar, juntamente com a magistratura de carreira, um equilíbrio necessário para que experiências distintas estabeleçam meios harmoniosos para evitar a perpetuação de erros no sistema judicial.

Por tais razões, no momento em que há franca campanha de setores do Judiciário contra o arejamento estabelecido pelo quinto constitucional, é que se demonstra com absoluta clareza o quanto ele é fundamental.

É justamente o equilíbrio de experiências diversas que proporciona aumento na eficácia e na adoção de boas práticas ao Judiciário. A experiência de quem já esteve do outro lado do balcão, vivendo o cotidiano da advocacia e conhecendo as angústias dos jurisdicionados como poucos no sistema de justiça, qualifica a composição dos tribunais.

Quem se utiliza da generalização, baseando-se em exceções para a defesa de seus interesses e pontos de vista, pratica, no mínimo, um ato de desonestidade

intelectual, o que nos permite questionar a sua capacidade de praticar seu mister de forma imparcial.

Somos daqueles que entendem que magistrados de carreira ou do quinto devem sempre se pautar pela lei. Toda e qualquer politização do sistema de Justiça é preocupante, pois fere justamente a imprescindível segurança jurídica, requisito indispensável do Estado Democrático de Direito.

Recentemente uma associação de magistrados chegou ao cúmulo de afirmar que o quinto constitucional, este importante instrumento para a oxigenação dos tribunais, seria responsável pela morosidade do Judiciário. O entendimento da OAB e da advocacia não é esse. Muito pelo contrário. Aos que se utilizaram desse argumento para atacar a atuação dos membros do quinto, como a referida associação de magistrados, por exemplo, uma pergunta: será que as férias de 60 dias não são um fator determinante para a produtividade ser aquém do que a sociedade necessita?

Além disso, não seriam também os penduricalhos, como auxílios diversos, que inflam os subsídios muitas vezes acima do teto constitucional, um contraditório e mau exemplo para a sociedade?

Não há dúvidas sobre a necessidade de boa remuneração aos integrantes do Judiciário, mas é sempre bom lembrar, especialmente em tempos de tantas dificuldades econômicas enfrentadas pela sociedade,




“O quinto constitucional existe para ampliar o debate de ideias, para que se pratique efetivamente o exercício da análise dos fatos em julgamento e para que o maior número possível de decisões acertadas seja alcançado nos tribunais.”

que bons exemplos e boas práticas são fundamentais para uma classe com tamanha responsabilidade e visibilidade. Para pregar austeridade e celeridade, é preciso praticá-las sem rodeios ou subterfúgios.

O quinto constitucional existe para ampliar o debate de ideias, para que se pratique efetivamente o exercício da análise dos fatos em julgamento e para que o maior número possível de decisões acertadas seja alcançado nos tribunais.

Das inúmeras mudanças que podem ser feitas no sistema judicial brasileiro, um bom começo seria alterar a Lei Orgânica da Magistratura para estabelecer, por exemplo, punições efetivas e condizentes com os anseios de justiça da sociedade.

Não se trata de defender qualquer tipo de justificação ou de vedar o direito ao contraditório e à ampla defesa de magistrados acusados de atos infracionais. Mas seria salutar, por exemplo, acabar com a aposentadoria compulsória remunerada como uma punição aos que não honram a investidura da função que exercem, pois mais se assemelha a um prêmio ao magistrado que deve ser punido.

Para que isso aconteça é fundamental ir além do ponto em que estamos. É absolutamente necessário que seja realizada uma alteração na Constituição Federal, para que a advocacia passe a integrar, a partir do quinto constitucional, todos os tribunais superiores. Essa é e seguirá sendo uma bandeira da OAB. 

Honram a beca e dignificam a toga

Os novos dirigentes do STJ



Marcus Vinicius Furtado Coêlho

Advogado
Membro do Conselho Editorial

Advocacia e magistratura são duas asas do mesmo pássaro, a jurisdição efetiva. Os novos dirigentes do Superior Tribunal de Justiça possuem vasta experiência nessas funções essenciais. Exerceram a advocacia com denodo e são magistrados prudentes e dedicados.

O presidente João Otávio de Noronha honrou a Ordem dos Advogados do Brasil na condição de Conselheiro Federal da entidade, representando

exemplarmente o Estado de Minas Gerais. Por ocasião de sua escolha por seus pares para dirigir o Tribunal no biênio 2018-2020, o Ministro Noronha ressaltou o seu compromisso com a eficiência e a inovação tecnológica, bem como com a união do Tribunal em torno da “convivência salutar, sincera, franca e prestativa”. Tais propósitos demonstram a larga visão e o acerto das convicções do novo Presidente. Em todas as esferas nas quais atuou, seja na

advocacia, no STJ, no TSE ou no CNJ, desempenhou com brilhantismo as suas missões.

Responsável pela manutenção da autoridade e pela unidade de cognição da legislação federal, o STJ, Tribunal da Cidadania, tem cumprido com louvor o relevante papel de órgão de cúpula do direito infraconstitucional no país, pela excelência da atuação de todos os seus componentes. Na direção do Ministro João Otávio, o STJ ampliará seus esforços em busca da qualidade e da boa prestação da jurisdição.

Terá a seu lado a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, de inegáveis qualidades, que em muito contribuirá para o engrandecimento do Tribunal, agora na condição de Vice-Presidente. O Ministro Humberto Martins, magistrado com roupagem de estadista, presidiu a OAB de Alagoas, do Nordeste de Rui e Pontes, agora exerce as funções de Corregedor Nacional de Justiça. Completando esse quadro de togados advindos da advocacia e que agora servem à Justiça em posição de destaque, temos o Ministro Raul Araújo, de trajetória estelar e evidentes méritos, como o mais novo Corregedor-Geral da Justiça Federal.

São quatro julgadores oriundos da advocacia, tendo acessado à magistratura pela legítima porta do quinto constitucional. Este já consolidado instituto nasceu pela democrática e republicana Constituição de 1934, quando o Brasil passou a ampliar a presença da sociedade nos Poderes do Estado. Os meritórios desempenhos dos quatro magistrados constituem a melhor comprovação do êxito dessa forma de ingresso no Judiciário. Os magistrados do STJ de todas as origens constituem um corpo de qualificados Juízes com um só compromisso de realizar justiça.

É no virtuoso desempenho desse mister que repousa a legitimidade para uma jurisdição efetiva e cidadã. O ser humano é o fundamento de legitimidade e a razão de existência do poder estatal. Para proteger o cidadão contra arbítrios e injustiças, o Judiciário atua, com autorização constitucional e pelas balizas da razão jurídica.

As decisões dos Tribunais pátrios precisam dialogar com os demais Poderes, especialmente com atos legislativos do Congresso Nacional. A harmonia e a independência dos Poderes também significam a contenção de eventuais excessos para efetivar-se o cerne democrático da Constituição Federal de 1988. Magistrados sábios e de experiência diversificada são protagonistas dessa interação.

Patrono dos advogados, exemplo e paradigma, Rui Barbosa ensina que a lei se sustenta em dois braços, a magistratura e a advocacia, duas carreiras sagradas, inseparáveis uma da outra. Rui aconselhou aos que quisessem seguir a magistratura que não ficassem “com os que agravam o rigor das leis, para se acreditar com o nome de austeros e ilibados” e recomendava aos juízes “fugir do medo”; preconizava: “não cortejeis a popularidade”. Com o advogado, dizia que estava a “justiça militante” e com os magistrados, a “justiça imperante”.

O grau de civilidade de um povo pode ser medido pela amplitude assegurada ao devido processo legal. O compromisso com a consolidação do Estado de Direito é a melhor forma de homenagear a Constituição Federal, nosso projeto de nação, em seus 30 anos de vigência.

Às vésperas do aniversário de 130 anos da República, o Judiciário é cada vez mais convocado a mediar os conflitos, como sinal da confiança da sociedade, em vista a uma ordem jurídica pacificada, democrática e inclusiva.

A nação necessita de prudência, equilíbrio e diálogo e a sociedade requer segurança jurídica para florescer e desenvolver todas as suas potencialidades. O STJ tem contribuído nesse sentido, e, certamente, assim permanecerá sob a condução modelar dos novos dirigentes do Tribunal.

Os advogados militantes no STJ desejam pleno êxito aos novos dirigentes. A cidadania sente-se vitoriosa com o trabalho e o empenho dos magistrados que irão dirigir o destino do relevante Tribunal à altura dos desafios desta quadra histórica.

O Conselho Nacional de Justiça e sua Corregedoria Nacional

Carlos Vieira Von Adamek | Desembargador Auxiliar da Corregedoria Nacional de Justiça

O tema do controle externo da atividade judiciária não é novo. Remonta ao ano de 1975, com a EC nº 7, que criou o Conselho Nacional da Magistratura como órgão do Poder Judiciário, definindo em seu artigo 120 sua composição por sete Ministros do Supremo Tribunal Federal, todos escolhidos por aquela própria Corte Suprema.

A democratização dos anos 80 trouxe de volta à pauta da Constituinte o debate da matéria e, em 1990, retornou à consideração política em conjunto com uma série de proposições que foram denominadas como “Reforma do Judiciário”. Em março de 1992, o então Deputado Federal Hélio Bicudo (PT), apresentou na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 96, dando início ao debate sobre reforma do Poder Judiciário, que manteve o debate vivo até a aprovação da Emenda Constitucional nº 45, em dezembro de 2004, pela qual se criou o Conselho Nacional de Justiça, e com ele o poder de correção e controle disciplinar por parte desse órgão administrativo, a quem se conferiu dentre outras atribuições, o poder de investigar, corrigir e punir irregularidades e desvios de conduta praticados por membros do Poder Judiciário.

O CNJ exerce, assim, por intermédio de sua Corregedoria Nacional de Justiça, esse poder sobre

todos os Tribunais e magistrados do Poder Judiciário Brasileiro, exceto em relação ao Supremo Tribunal Federal e seus Ministros, em concorrência com os poderes das Corregedorias de cada Tribunal, responsáveis pela apuração e punição de infrações disciplinares e irregularidades administrativas de seus próprios membros.

Os intensos debates, ao longo de mais de uma década de existência do Conselho, deveriam ensejar amadurecimento da temática no âmbito da sociedade brasileira. No entanto, o que se verifica nos dias atuais, é que sempre e cada vez mais encontra-se presente o questionamento quanto a razão de ser e de existir da instituição, em especial em decorrência dos custos da manutenção de sua estrutura.

Isso porque, em um país de dimensões continentais, para cumprimento mínimo das tarefas de controle faz-se necessária a presença da Corregedoria Nacional em todos os Estados e regiões do país, com a realização de inspeções e correções no âmbito dos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho, com o necessário deslocamento de equipes compostas por magistrados e servidores para execução dessas tarefas e, por suposto, o respectivo custo envolvido nesses trabalhos.

Ao assumir a Corregedoria Nacional, em agosto de 2016, o Ministro João Otávio de Noronha estabeleceu como uma das metas prioritárias de sua



gestão, a realização de inspeções em todos os Tribunais de Justiça dos Estados, tendo como foco principal a análise do funcionamento de gabinetes de Desembargadores e Juízes de primeira instância, nas Capitais e principais Comarcas de cada unidade da federação.

O critério de eleição dos gabinetes e unidades inspecionais decorreu de critérios objetivos pré-definidos, diante de análise prévia de informações fornecidas pelos próprios Tribunais inspecionados, com foco no volume de processos que compunham os respectivos acervos, distribuição anual de novos processos, produtividade dos Juízes e Desembargadores em período de até 12 meses e número de feitos paralisados nas respectivas unidades, e que direcionaram o escopo de cada uma das inspeções realizadas pela Corregedoria Nacional.

Igualmente foram considerados os problemas atuais no âmbito das execuções penais, juizados da infância e juventude, juizados de violência doméstica, varas de fazenda pública, varas cíveis e criminais, buscando sempre alcançar o maior número de gabinetes e varas em cada Estado inspecionado.

Não dispondo de quadro próprio em número suficiente para execução dessa missão, a Corregedoria Nacional necessitou mobilizar um verdadeiro exército de Desembargadores, Juízes e Servidores de vários

e distintos Estados da federação, com ampla experiência em inspeções. Isso possibilitou que, no decorrer de quase dois anos, fossem inspecionados praticamente todos os Tribunais de Justiça do país (no momento apenas pendente de realização a inspeção do Estado do Paraná, já agendada para antes do final da gestão), tendo sido inspecionadas até o presente momento mais de 1.495 unidades (varas, gabinetes e unidades administrativas)

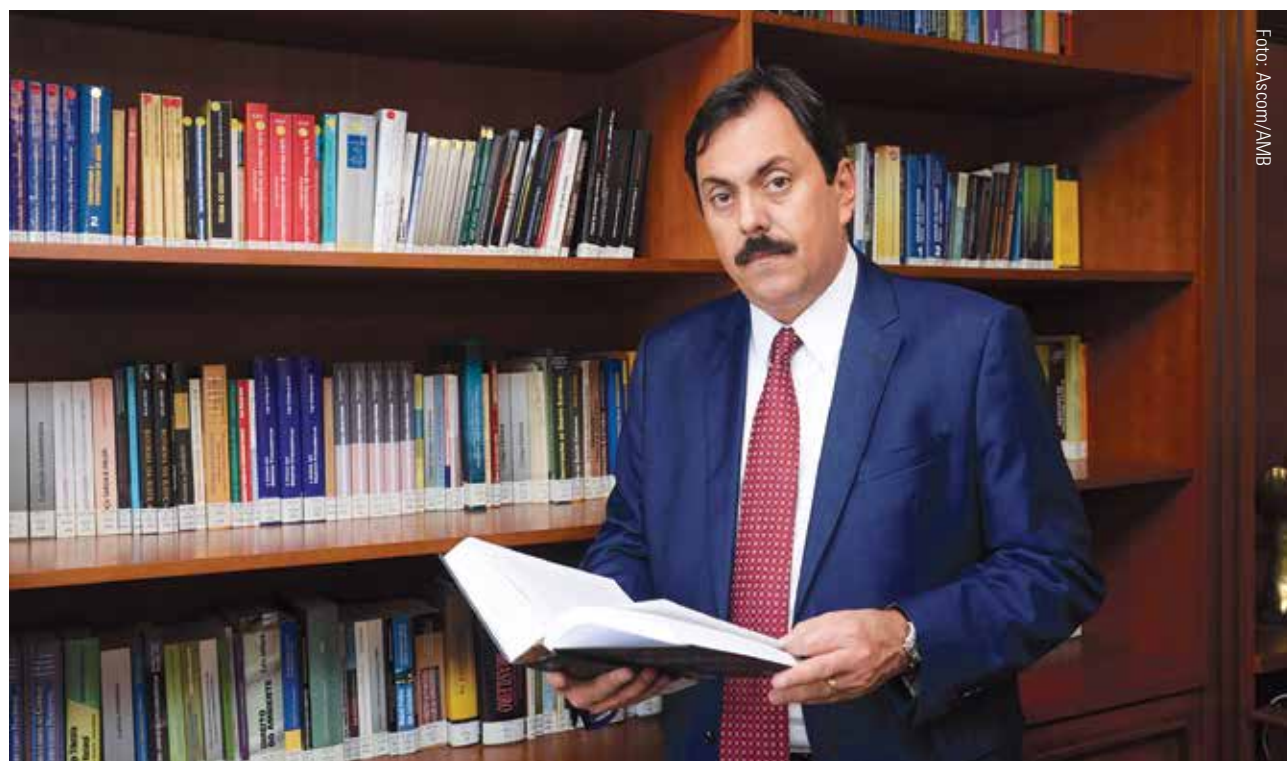
Esclareça-se que as inspeções, até o final de junho de 2018, foram realizadas em 138 unidades administrativas, 620 gabinetes de Desembargadores e 737 unidades de primeiro grau.

Importante enfatizar esse quantitativo à luz de uma análise comparativa, uma vez que o volume de unidades inspecionadas nesse período de dois anos é superior àquele realizado nos últimos 6 anos.

Esses números dão a dimensão do esforço hercúleo necessário para o cumprimento da meta imposta pelo Corregedor Nacional de Justiça, visando conhecer, de forma real e direta, a situação atual do Poder Judiciário Estadual Brasileiro, com o oferecimento, no término de sua gestão, de inédito retrato da justiça comum estadual em todo o país, possibilitando às gestões futuras um melhor conhecimento da real dimensão dos problemas enfrentados pelos diversos segmentos desse ramo de justiça, e possibilitando intervenções direcionadas visando corrigir eventuais distorções e irregularidades verificadas em cada uma das inspeções realizadas.

Importa, ainda, esclarecer que a atuação da Corregedoria Nacional de Justiça não se resume ao trabalho de inspeções. Tampouco a fiscalização de Magistrados, Tribunais e Serventias se resume à atuação das inspeções, porque ao Corregedor Nacional cabe igualmente atuar na esfera administrativa interna, ou seja, decidindo reclamações e pedidos de providências sobre a ineficiência da prestação do serviço público de Justiça, apuração de faltas disciplinares, revisão de medidas disciplinares dos Tribunais, gerenciamento de vários cadastros, além de proposições em geral para aperfeiçoamento de serviços judiciais e extrajudiciais do país.

Em suma, a atuação da Corregedoria Nacional de Justiça, pelas mãos do eminente Ministro João Otávio de Noronha, constitui legado importantíssimo para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, e ferramenta indispensável para o planejamento das ações corretivas e preventivas por parte das gestões que o sucederão na espinhosa missão de fiscalização e correção das diversas instâncias do Poder Judiciário Nacional.



Os desafios da Magistratura para a consolidação do Estado Democrático de Direito

Jayme Martins de Oliveira Neto | Presidente da AMB

A Constituição Federal de 1988 trouxe um novo paradigma de Justiça para o Brasil, porque o constituinte escolheu o Poder Judiciário também como o moderador dos conflitos institucionais e por essas e outras razões reafirmou a independência do Poder Judiciário, garantindo-lhe autonomia administrativa e financeira.

Na Constituição do Império, de 1824, afirmou-se a independência dos juízes, mas esses eram nomeados pelo Imperador; depois disso eram perpétuos no cargo e só o perderiam por sentença, mas podiam ser removidos. ANDREI KOERNER¹, em mi-

nucioso estudo sobre o Poder Judiciário, mostra a importância dos juízes no conflito entre senhores e escravos, especialmente depois da Lei do Ventre Livre e afirma: “Com essas mudanças institucionais e sociais, um número cada vez maior de magistrados passou a decidir a favor da liberdade dos escravos, criando relações conflituosas com os poderes locais e alterando a própria prática judicial.”

José Thomaz Nabuco de Araújo, um dos mais preocupados àquela altura com a organização judiciária, levou à discussão, no ano de 1854, a reforma judiciária e os temas mais preocupantes nos debates foram: a) necessidade de separar o juiz

da política; b) a ação da polícia da ação da justiça; c) a unidade da jurisprudência; d) a inamovibilidade dos magistrados; e) a melhoria da condição dos juízes e f) a independência dos magistrados².

Passados 164 anos, verificamos, no tocante ao Judiciário, preocupações persistentes e duradouras. José Thomaz Nabuco de Araújo, em discurso proferido no dia 15 de junho de 1861, insistiu na necessidade de magistrados independentes e de uma magistratura dotada de estabilidade e de futuro, cercada de vantagens e esperanças. Fundamentalmente, pretendeu NABUCO despertar e alimentar a **vocação** do magistrado, elevar a magistratura no estado e cercar de garantias o cidadão e no prefácio de sua proposta de reforma indicou os itens sobre os quais já havia consenso, destacando, dentre elas, a efetiva independência do magistrado³.

A Constituição da República de 1934 conformou a estrutura do Judiciário já para algo mais próximo do que conhecemos, com as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, vedado o exercício de outra função pública, salvo o magistério, bem como a atividade político-partidária e o conhecimento de questões exclusivamente políticas. Em seguida, a Carta de 1937 inaugura um novo período ditatorial, ignora o princípio da independência do Poder Judiciário, recuperada somente em 1946, e assim seguiu até o Ato Institucional n. 1/64, quando novo golpe institucional acarreta a suspensão das garantias da magistratura e a exclusão do exame judicial de atos políticos de cassação de mandatos e de cassação de direitos políticos⁴.

A Constituição de 1967 procura restabelecer alguma normalidade, ao menos formal, mas em seguida o AI 5, de 13 de dezembro de 1968, volta a suspender as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e exclui do exame judicial todos os atos praticados de acordo com o referido ato.

Nesse contexto, nota-se com alguma clareza o fortalecimento das garantias da magistratura nos regimes democráticos e a supressão delas nos regimes ditatoriais. Isso revela, de maneira indiscutível, o Poder Judiciário como elemento primordial, base de sustentação da nossa democracia, garanti-

do das liberdades e ao mesmo tempo coloca sobre os ombros de seus integrantes uma enorme responsabilidade e por isso dentre os três poderes é do Judiciário que se exige a maior autocontenção.

A partir de 1988, com a abertura democrática e o advento da chamada “constituição cidadã”, observa-se um fenômeno de amplo acesso à justiça, mesmo porque foi escolhida do constituinte conferir ao Poder Judiciário um grande papel de moderador de toda sorte de conflitos, inclusive dos institucionais, diversamente do que ocorre nas ditaduras.

Antoine Garapon⁵, no livro “O juiz e a democracia – O guardião das promessas” observa muito corretamente que o controle crescente da Justiça

“ Isso revela, de maneira indiscutível, o Poder Judiciário como elemento primordial, base de sustentação da nossa democracia, garantidor das liberdades e ao mesmo tempo coloca sobre os ombros de seus integrantes uma enorme responsabilidade e por isso dentre os três poderes é do Judiciário que se exige a maior autocontenção.”

sobre a vida coletiva é “um dos maiores fatos políticos deste final de século XX” e isso porque nada mais escapa ao controle da Justiça, situação que se verifica no Brasil pós 1988. Basta dizer que, em 1988, a distribuição anual girava em torno de 350 mil processos e chega a 26 milhões de processos em 2016.

Como, então, enfrentar esta nova realidade?

A pedra de toque no Judiciário é a *independência*.

Sabemos que o direito cria suas próprias realidades, pois é um objeto cultural construído pela comunidade. Vimos na trajetória institucional do Brasil a independência do Judiciário variar, sendo certo que se fortalece quando vigente re-

gime de liberdades públicas e desaparece nos regimes de força.

Bem verdade que independência judicial pode ser enfocada como uma relação entre os juízes e as partes; uma relação entre os próprios juízes e como uma relação entre poderes, utilização mais frequente porque utilizada como símbolo de luta⁶.

Em relação às partes, têm inegável valor porque, como lembra Cappelletti, compartilhando a opinião de Giovanni Pugliese, “a independência não é senão o meio dirigido a salvaguardar outro valor – conexo certamente, mas diverso e bem mais importante do que o primeiro – ou seja, a imparcialidade do juiz.”⁷

E porque a independência é uma garantia do povo, não do juiz, e está diretamente ligada à ideia de soberania, os ditadores buscam, a todo custo, suprimi-la das mais variadas formas, até mesmo nos regimes travestidos de democracias.

Aqui, portanto, reside o maior desafio para a magistratura, a dizer, garantir a independência do Poder Judiciário.

Esse desafio pode sugerir, num primeiro raciocínio, uma conduta de *defesa* contra inimigos externos. Isso é verdade, mas não basta. A garantia da independência depende muito dos próprios juizes, pois carregam a responsabilidade enorme, permanente e diária, de consolidar a independência judicial e por meio dela garantir e aprimorar o regime democrático. “A democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as outras”, advertiu um dia Winston Churchill e ninguém nunca afirmou que a democracia seria fácil.

A construção da história de um povo não depende de seus líderes, ou apenas deles, mas especialmente do próprio povo e da cultura que se pretende construir. Um poder judiciário independente incomoda muita gente. Decisões judiciais geram insatisfação, pois é da natureza da decisão imposta por um terceiro o inconformismo de quem não tem seus interesses atendidos em parte ou totalmente. E se assiste hoje no cenário nacional exatamente essa insatisfação, turbinada por interesses políticos de variadas matizes.

Numa sociedade com múltiplos interesses, o ambiente político favorece toda sorte de discursos, no mais das vezes menos preocupados com o bem-estar da nação e mais interessados nas conquistas de poder ou na imposição de linhas de pensamentos uniformes.

Surge, então, um outro grande desafio ao Judiciário, a dizer, equilibrar bem os pratos da balança da Justiça, zelar pelo tesouro da imparcialidade como base da sustentação da independência, porque se o povo não conhecer bem a importância da independência entre os poderes, sente facilmente o que é parcialidade ou imparcialidade, porquanto um está no campo da emoção e outro na área da razão.

Não são poucos os que pretendem suprimir, mais uma vez, as garantias da magistratura e violar a independência judicial, jogando com as decisões judiciais e utilizando de instrumentos que o Judiciário não pode utilizar, especialmente a mídia, de maneira a gerar instabilidade institucional.

O desafio é guardar a prudência e a tranquilidade e agir com sabedoria, em todos os aspectos, para zelar pelo bem maior que é a consolidação da

nossa democracia com o fortalecimento das instituições.

Isso exige de nós, juizes, algumas qualidades e uma delas é o exercício do amor. Mas não, de início, o amor pela magistratura, muito necessário para quem é juiz ou juíza. Refiro-me ao amor pelas pessoas, pelo ser humano. Mal comparando, Justiça é como Medicina. É preciso gostar de gente. É preciso enxergar o outro, ver o que está por detrás das folhas de papel ou das telas de um computador. Necessário superar impulsos individualistas, egoísticos, superar a própria realidade vivida, compreender dificuldades sentidas por outras pessoas pelas quais eventualmente não passamos, respeitar a vida humana, com tudo que isso representa, na iluminação de que a família não se limita às advindas dos laços sanguíneos – fundamental em nossa existência e seio do desenvolvimento das melhores características do ser humano – mas alcança a grande família humana, complexa, diversificada, multicolorida, da qual fazemos parte.

Resta ainda um desafio interno relevante: a unidade. Nunca foi tão importante como agora a unidade da magistratura, chegado o momento de superar divergências internas, pois como ensina o professor Adriano Moreira, “o cimento da unidade é a comunhão dos afetos⁸” e é por meio dessa comunhão que se pode manter a unidade na magistratura, para servir de sustentação à garantia da independência do Judiciário e, assim, da construção da democracia. Unidade não implica pensar da mesma forma, agir igual, mas compreender a existência de um bem maior em favor de todos, valores e princípios gerais que suplantam os individuais e necessitam garantir a própria existência do Poder Judiciário independente e imparcial, a sustentar o Estado Democrático de Direito.

Grandes são os desafios, mas também é grande a magistratura brasileira, que segue firme na proteção da Constituição da República de 1988 e no papel que lhe foi confiado, o de guardião da Democracia.

Notas

¹ “Judiciário e Cidadania”, Ed. Hucitec, Departamento de Ciência Política, USP, 1998, p. 29.

² Idem, pgs. 153, 193, 217.

³ Idem, pág. 639.

⁴ Cf. Rosalina Corrêa de Araújo, op. cit., pág. 335.

⁵ Tradução de Maria Luiza de Carvalho, Ed. Revan, 1999, pg.24.

⁶ Cf. Dieter SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 10.

⁷ Op. cit., p. 32.

⁸ Portugal e a crise global, Almedina, 2016.

Inscrições gratuitas.
Vagas limitadas

IV SEMINÁRIO DE DIREITO DAS EMPRESAS EM DIFICULDADE



Sexta 28.09

08h30 - 19h00



OAB - RJ - Av. Mal. Câmara, 150 - Centro

PROGRAMAÇÃO

08h30 - Cadastro

08h45 - Mesa de Abertura

09h00 - A proteção do empresário contra a crise

Moderador: Dr. Paulo Penalva Santos

A ultrapassada teoria da empresa e o direito das empresas em dificuldade

Prof. Márcio Souza Guimarães

Transformação de associações em sociedades empresárias

Prof.ª Ana Frazão

Reestruturação da empresa desportiva e do empreendedor rural

Dr. Manoel Justino Bezerra Filho

10h30 - A Reestruturação das empresas imobiliárias

Moderadora: Dra. Joice Ruiz

Litisconsórcio e apresentação do plano de recuperação judicial

Dra. Juliana Bumachar

Recuperação judicial da sociedade de propósito específico

Juiz Marcelo Sacramone

A incorporadora com patrimônio de afetação tem direito a se reestruturar?

Prof. Ivanildo Figueiredo

12h00 - Almoço

13h30 - Limites entre o direito societário e o direito das empresas em dificuldade

Moderador: Prof. Cássio Cavali

Iniciativa e deliberação pelo ingresso com a recuperação judicial

Prof. Mauricio Menezes

Negociando o plano em atenção ao mandato concedido pela AGE ou reunião de sócios

Prof. Peter Sester

Implementação das cláusulas do plano de recuperação e as regras societárias

Prof.ª Sheila Neder Cerezetti

15h00 - O Direito das empresas em dificuldade deve ser reformado?

Moderador: Prof. Paulo Salles de Toledo

Consolidação jurisprudencial do STJ

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

O (um) Projeto de Lei

Prof. Ivo Waisberg

Balanco de acertos e desacertos do direito das empresas em dificuldade brasileiro

Prof. Sérgio Campinho

Perspectiva e prospectiva do tratamento fiscal

Dr. Luiz Gustavo Bichara

17h00 - Entrevista: Atualidades do direito das empresas em dificuldade

Entrevistador: Ministro Luis Felipe Salomão

Desembargador Manoel Pereira Calças

Juiz Daniel Carnio

Juiz Paulo Assed

Prof. Juan Vazquez

18h30 - Palestra de Encerramento

Ministro João Otávio de Noronha

Informações: (21) 2544-5138

Apoio:

OABRJ

Revista
JUSTIÇA & CIDADANIA

ibr
Instituto Brasileiro de Estudos
de Recuperação de Empresas

FGV
DIREITO RIO

CBMA

CENTRO BRASILEIRO DE
MEDIÇÃO E ARBITRAGEM

Liberdade de expressão dos membros do Ministério Público

Lucas Felipe Azevedo de Brito | Promotor de Justiça do Ceará

Jarbas Adelino Santos Júnior | Promotor de Justiça de Sergipe

Tarcísio José Sousa Bonfim | Promotor de Justiça do Maranhão

Conforme estabelecido em sua Lei Maior, a República Federativa do Brasil constitui-se como Estado democrático, e apresenta, dentre seus fundamentos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (artigo 1º, *caput* e incisos II, III e V). A mesma Constituição da República aponta, ainda, como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 3º, I).

Na mesma linha dos princípios democráticos que regem o Estado Brasileiro, a Constituição Federal assegura que todos são iguais perante a lei, “sem distinção de qualquer natureza”, garantida, ainda, a inviolabilidade do direito à liberdade (artigo 5º, *caput*) e prevendo expressamente que “é livre a manifestação do pensamento”. No corpo do artigo 5º, em que proclama garantias fundamentais, o legislador constituinte ainda fez inserir, uma vez mais, que “é inviolável a liberdade de consciência” (artigo 5º, VI).

A Constituição da República prevê ainda, ao tratar da ordem social, que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, e finalmente, que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística” (artigo 220, *caput* e § 1º).

A liberdade de consciência, crença e manifestação de pensamento, a difusão de opiniões e o debate de ideias são, portanto, da essência de um Estado democrático e da nossa ordem constitucional. A esse respeito, assevera Canotilho que “a realização da democracia pressupõe um espaço público aberto, plural e dinâmico, onde haja o livre confronto de ideias, o que só é possível mediante a garantia da liberdade de expressão”, e ainda, que “a liberdade de expressão é um direito que visa a proteger não apenas aos interesses do emissor das manifestações, como também aos da sua própria audiência e da sociedade em geral”.¹

O exercício de funções públicas impõe aos agentes estatais, dentre outros, os deveres de imparcialidade, moralidade, decoro e zelo pela coisa pública, mas não lhes retira, em qualquer hipótese, a liberdade de cidadãos brasileiros. Mais que isso. É precisamente por exercerem funções públicas que os agentes estatais têm, por vezes, no dever de dar publicidade a seus atos, a obrigação de informar, rendendo ensejo ao debate democrático salutar à promoção da cidadania e construção da sociedade “livre, justa e solidária” que almejamos.

Tendo em vista que nenhum direito fundamental é absoluto, é sabido que não somente aos ocupantes de cargos públicos, mas a todos os cidadãos são

Fotos: Arquivo pessoal



Lucas Felipe Azevedo de Brito



Tarcísio José Sousa Bonfim

impostos parâmetros de temperança no exercício dos direitos, não fugindo a essa regra o exercício da liberdade de expressão e de pensamento pelos membros do Ministério Público.

As manifestações dos agentes públicos, assim, não podem estar sujeitas a qualquer forma de censura prévia, senão, a responsabilidade pessoal ulterior, proporcional aos danos causados. Nesse sentido é o Texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de natureza cogente e supralegal:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

- o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
- a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
- Não se pode restringir o direito de expressão por



Jarbas Adelino Santos Júnior

“É preciso, portanto, distinguir a emissão de opinião sobre temas políticos pelo membro do Ministério Público do exercício da atividade político-partidária que, como cediço, possui vedação constitucional expressa.”

vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões (...).

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos indica, também, que o abuso de controles oficiais a manifestações de pensamento ou difusão de ideias de qualquer pessoa humana – sendo despidendo referir que aí estão incluídos todos agentes estatais e, dentre estes, os membros do Ministério Público brasileiro – implica violação aos direitos humanos.

Em recente pronunciamento em debate acerca da liberdade de expressão dos membros do Ministério Público, em sessão e na Presidência do Conselho Nacional do Ministério Público, a Procuradora Geral da República, Raquel Dodge, lembrando os princípios constitucionais aqui invocados, firmou, com exatidão: “Todas as vezes, em qualquer democracia, que se avança no sentido de estabelecer a censura prévia ou a inibição do direito de crítica assumindo que estão ofendidas pessoas que nem se manifestaram, podemos estar em um ambiente que acaba diminuindo o vigor da democracia liberal que este país assumiu e quer ser”².

Na mesma ocasião, na linha do que aqui se defende em relação ao dever dos membros do Ministério Público de dar publicidade a seus atos, prestar informações à sociedade e, assim, fomentar o debate democrático, lançou a Presidente do CNMP: “se há


uma instituição neste país preordenada a fazer as imputações, a fazer a crítica, é o Ministério Público”.

A tal conclusão se chega quando se tem em mente que a instituição constitucionalmente destinada à defesa do regime democrático é o Ministério Público (artigo 127, CF), revelando-se, desse modo, o equívoco em se pretender que seus membros sejam tolhidos das liberdades de consciência e de expressão, ou que sejam punidos disciplinarmente, mesmo nos casos em que a lei não prevê expressamente tal responsabilização.

No exercício das funções que lhe são atribuídas, o membro do Ministério Público deve ter assegurada ampla liberdade de expressão, que se faz mesmo necessária ao cumprimento do dever de prestar informações acerca dos serviços públicos por ele prestados, em respeito aos postulados da publicidade, transparência e ao direito à informação, tão caros a uma sociedade democrática.

É preciso, portanto, distinguir a emissão de opinião sobre temas políticos pelo membro do Ministério Público do exercício da atividade político-partidária que, como cediço, possui vedação constitucional expressa (art. 128, § 5º, II, e, CF). A crítica pública direcionada a esta ou aquela agremiação partidária, bem como, a esta ou aquela autoridade pública, através de manifestação individual ou coletiva, nas redes sociais, ou através de textos, artigos ou palestras, não caracterizam necessariamente o vedado exercício da atividade político-partidária.

Em outros termos, o exercício do direito à liberdade de consciência e de expressão por membro do Ministério Público, por si só, desde que não realizado com a finalidade de defesa de ideologia partidária ou de cooptação de votos e não coexistente com um vínculo de agremiação partidária, não constitui atividade político-partidária.

Não havendo distinção de qualquer natureza entre os cidadãos brasileiros, a todos – inclusive, aos membros do Ministério Público – é assegurada a inviolabilidade do direito à liberdade de consciência e manifestação de pensamento, sendo que a violação a qualquer desses direitos representa afronta à dignidade da pessoa humana, à sociedade plural que constituímos e à própria democracia. 

Notas

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; e STRECK, Lênio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 254-255.

² <https://veja.abril.com.br/politica/processo-contra-procurador-da-lava-jato-e-censura-previa-sugere-dodge/>.



EDUARDO BIONDI &
ANTONIO RICARDO CORRÊA

A D V O G A D O S



“Estruturamos soluções estratégicas, inovadoras e sustentáveis no mercado imobiliário.”

Antonio Ricardo Corrêa
Eduardo Biondi
Sócios Fundadores

Av. Rio Branco, nº 131, 13º andar - Centro
CEP 20040-006 . Rio de Janeiro . RJ . Brasil

55 (21) 2262-7879 . 3178-1082

contato@ebarc.adv.br

ebarc.adv.br

A arbitragem e a sua controversa vinculação aos precedentes do novo Código de Processo Civil

Ana Tereza Basilio | Diretora de Mediação, Conciliação e Arbitragem do IAB
Membro do Conselho Editorial

Uma das grandes inovações do novo Código de Processo Civil brasileiro, editado em 2015, é o sistema de precedentes judiciais, com eficácia vinculante a órgãos do Poder Judiciário, fundado no primado da segurança jurídica, valor fundamental do ordenamento jurídico (CF, art. 5º, *caput*) e da coerência do sistema judicial em relação aos seus destinatários, os jurisdicionados, como dispõe o seu art. 926: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Nesse contexto, devem os juízes observar, de acordo com o art. 927 do Código de Processo Civil, determinados precedentes judiciais fixados em peculiares incidentes e recursos destinados à uniformização da jurisprudência, em âmbito nacional. E são vinculativas, segundo estabelece a norma, “I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal

de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Essa vinculação deve ser prestigiada, inclusive, pelos integrantes das Cortes Superiores, em suas decisões monocráticas ou proferidas em órgãos fracionários, de hierarquia inferior àquele que estabeleceu o precedente ao qual a lei atribui efeitos vinculantes. Caso contrário, além de violar a segurança jurídica, princípio de cariz constitucional, se instalaria uma verdadeira anarquia judicial, que a nova lei processual pretendeu coibir.

Surgiu, assim, ampla discussão na doutrina brasileira se os precedentes judiciais acima mencionados vinculariam, também, a atividade do árbitro. Algumas premissas se põem para delimitar a controvérsia e defini-la. A primeira premissa é a de que as partes devem ter estabelecido, na cláusula compromissória arbitral, que a arbitragem será regida pelo Direito brasileiro; caso contrário, a lei processual civil não será aplicável *tout court*. A segunda premissa é no sentido de que o árbitro exerce poder jurisdicional, de acordo com a boa doutrina e nos termos do § 6º do art. 13, art. 14 e art. 18 da Lei de Arbitragem, que lhes atribui os mesmos deveres aplicáveis ao juiz. Ou seja, o árbitro, assim



como o juiz, deve dizer o direito aplicável ao caso concreto e, no exercício de seu mister, pouco importa a forma de sua investidura, como juiz ou árbitro. O próprio diploma processual equiparou a atividade dos árbitros àquela dos juízes ao prever, no mesmo dispositivo, o poder-dever dos juízes de exercer a jurisdição e a possibilidade de as partes se valerem da arbitragem (art. 3º, *caput*, e § 1º). Já a Lei de Arbitragem, por sua vez, sujeita os árbitros, no exercício de sua função jurisdicional, a responder pela prática de tipos penais, afetos aos funcionários públicos (Lei nº 9.307/96, art. 17).

Não é porque os árbitros exercem jurisdição, que estariam, necessariamente, atrelados aos precedentes judiciais vinculantes, pois não exercem o mesmo tipo de jurisdição estatal privativa dos juízes. Aos juízes cumpre observar o Código de Processo Civil como diploma legal que regula o processo estatal. Já a arbitragem tem seu rito processual regulado pelas partes, na convenção de arbitragem (art. 21, Lei 9.307/96), respeitados os princípios constitucionais, dentre os quais se destacam os da ampla defesa e do contraditório. E isso sem prejuízo de as partes estipularem, em conjunto com o(s) árbitro(s), negócios jurídicos processuais, como permite a lei, *v.g.*, através da práti-

ca de atos negociais com a estipulação de regras procedimentais, direitos e obrigações no termo inicial da arbitragem ou em momento posterior (art. 19, § 1º, Lei 9.307/96). A liberdade das partes no processo arbitral é, então, maior do que aquela concedida pelo novo Código de Processo Civil, embora este admita, ainda que de forma mais limitada do que na arbitragem, a celebração de negócios jurídicos processuais pelas partes (CPC, art. 190).

Não se pode igualar o sistema de normas da arbitragem com o sistema processual civil, embora, por força da própria lei que a instituiu, a arbitragem encontre limites na sua aplicação. Além da necessidade de fundamentação adequada das decisões, prevista nos artigos 32, III, e 26, II, da Lei nº 9.307/96, que é corolário de princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX), a Lei de Arbitragem estabelece que a sentença arbitral deverá respeitar, como não poderia deixar de ser, determinados princípios constitucionais (art. 21, § 2º).

Mas, a despeito da diferença dos institutos, consistiria em manifesta patologia sistêmica admitir-se a possibilidade, de um lado, de o juiz em uma demanda judicial estar vinculado ao precedente e, de outro, o árbitro em processo arbitral não, com fundamento nos princípios da isonomia e da segurança jurídica. Sustentar o contrário seria admitir uma verdadeira cisão no Direito brasileiro, discrepante sobre temas idênticos de mérito, a depender de quem vai julgar o caso (um árbitro ou um juiz), o que acabaria por gerar indesejável insegurança e tornar o instituto da arbitragem desacreditado.¹ Com base, pois, na prevalência do princípio da segurança jurídica e na integridade do sistema, deve-se concluir pela vinculação dos árbitros a todas as espécies de precedentes judiciais sobre temas de direito material, aos quais o legislador atribuiu eficácia vinculativa, tal como previsto no art. 927 do novo Código de Processo Civil, inclusive nos “acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. Afinal, uma vez proferida decisão vinculante sobre tema de direito substantivo, esse comando passa a ter *status* normativo e gera para os jurisdicionados a expectativa de que o seu comando vai nortear a solução de litígios sobre o mesmo tema.

Não me parece, no entanto, que o princípio da isonomia seja fundamento suficiente para que todas as hipóteses de precedentes previstos no novo CPC sejam aplicáveis, *in totum*, aos procedimentos


Conclui-se, portanto, que os árbitros devem observar as decisões as quais o legislador atribui eficácia vinculante, tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como no caso de enunciado de súmula vinculante. Não com fundamento propriamente na lei processual, mas por força da necessidade de interpretar todo instituto jurídico conforme a Constituição.”

arbitrais, sem verificar a sua adequação à arbitragem, que, como se viu, possui normas procedimentais próprias e dispensa, inclusive, a aplicação da lei processual civil. Assim, decisões vinculantes relativas às normas adjetivas ou formais só poderão incidir em demandas submetidas ao Poder Judiciário e ao processo judicial, cujo rito não é compatível com a arbitragem e a liberdade de escolha dos litigantes em processo arbitral.

Caberá aos árbitros, por conseguinte, analisar cada hipótese de precedente de mérito vinculante, de forma a verificar sua aplicabilidade no caso concreto. Assim, por exemplo, não há dúvidas de que, sendo a arbitragem regida pelo Direito brasileiro, os árbitros não poderão, por exemplo, aplicar norma que tenha sido declarada inconstitucional, em ação direta de inconstitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Afinal, essa norma deixa de ter validade no ordenamento jurídico após o pronunciamento de sua inconstitucionalidade, como salienta a doutrina especializada.² Nesse contexto, a observância desse precedente não decorre, a rigor, do Código de Processo Civil, mas propriamente da inexistência da norma jurídica no ordenamento, diante da eficácia *erga omnes* da declaração de mérito de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como estabelece o art. 102, § 2º, da Constituição da República.

Em relação às súmulas vinculantes, são, de igual modo, de observância obrigatória pelos árbitros, já que são, por previsão constitucional (CF, art. 103-A), fonte de direito e são dotadas de eficácia contra todos. Não poderiam, pois, os árbitros desconsiderarem as súmulas vinculantes, ao proferirem decisões de mérito em arbitragem a ser resolvida pelo direito brasileiro, pois eles teriam o dever de observar essa fonte de direito, como parte integrante do ordenamento jurídico. Caberia aos árbitros, por conseguinte, verificar a sua incidência ao caso concreto, sob pena de suas decisões sujeitarem-se, inclusive, a impugnação, por meio de reclamação dirigida ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. art. 102, I, “I”).

Com razão, afirma-se, por exemplo, que seria contraditório admitir que a Administração Pública – que pode, por força das Leis 8.987/95 e 13.129/2015, participar de arbitragens – se sujeitaria à eficácia da súmula vinculante, no âmbito do Poder Judiciário (art. 103-A), mas, em arbitragens, não, já que os árbitros não estariam obrigados a observar os seus enunciados.³ Esse entendimento levaria ao descrédito da arbitragem e à perda da confiança em sua utilização, o que seria negativo, por ser um mecanismo de uso corrente no ambiente empresarial, que, não por acaso, necessita de confiança para lhe conferir estabilidade.

Conclui-se, portanto, que os árbitros devem observar as decisões as quais o legislador atribui eficácia vinculante, tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, como no caso de enunciado de súmula vinculante. Não com fundamento propriamente na lei processual, mas por força da necessidade de interpretar todo instituto jurídico conforme a Constituição. É que, perdoe-se o truísmo, a arbitragem não pode desprezar a incidência dos princípios constitucionais (Lei 9.307/96, art. 21), sob pena de afrontar a unidade do ordenamento jurídico, deixando-o à míngua de qualquer ordem e unidade, permeando-o de contradições e casuísmos, a dispersá-lo, na célebre expressão de Canaris, “numa multiplicidade de valores singulares desconexos”⁴. 

Notas

¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério.

² FIORAVANTI, Marcos Serra Netto. *A arbitragem e os precedentes judiciais: observância, respeito ou vinculação?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 115.

³ Idem, pp. 110/111.

⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 21.



GUIA DE CURSOS SETEMBRO OUTUBRO 2018

CURSO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO, PRIVACIDADE DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET E O AMBIENTE LEGAL E REGULATÓRIO BRASILEIRO

Data:	13 e 14 de Setembro
Local:	Vitória/ES
Organizadores:	ENM/AMB, ESMAGES e CGI.BR/NIC.BR
Coordenação:	Desembargador Fernando Bravin, Juíza Gisele Souza e Juiz Marcelo Piragibe
Objetivo:	Disseminar o debate sobre os desafios jurídicos relativos ao uso da Internet na sociedade
Público Alvo:	Magistrados associados à AMB
Inscrições:	15/2/2018 a 25/8/2018
Carga Horária:	20 horas / aula
Total de Vagas:	50

CURSO ATIVISMO JUDICIAL: “LIMITES E POSSIBILIDADES”

Período:	18 e 19 de Outubro
Local:	Sede da AMB, Brasília/DF
Organizadores:	ENM/AMB
Objetivo:	Introduzir noções essenciais para o entendimento dos fenômenos chamados de judicialização da política ativismo judicial a partir da compreensão de seus desenvolvimentos históricos e dos principais aspectos do debate presentes na abordagem de autores da filosofia e sociologia do direito contemporâneo. Ministrado pelo professor José Ricardo Cunha.
Público Alvo:	Magistrados associados à AMB
Inscrições:	16/7/2018 a 14/9/2018
Carga Horária:	20 horas / aula



A nova era dos contratos de integração vertical no agronegócio brasileiro

Antônio Augusto de Souza Coelho

Presidente da Comissão de Direito Agrário da OAB/SP
Membro do Conselho Editorial

Introdução

O agronegócio move o Brasil; e um de seus principais contratos está em um importante momento de transição – os contratos de integração vertical. Não se sabe exatamente qual foi o primeiro caso de integração vertical contratual em ambiente agrário, nos moldes modernos que hoje se observa. É possível afirmar, porém, que tal movimento foi gerado pela necessidade de aumento da produção pela sociedade de consu-

mo, de modernização das técnicas de produção, juntamente com a urgente diminuição dos fatores externos do mercado na cadeia produtiva, que contribuíram para que a integração de contratos fosse pensada pelos partícipes de alguns setores da economia, ganhando especial força na agroindústria estadunidense da década de 1950. A partir de então, essa forma de contratação se espalhou, tornando-se *standard* no mercado agrário.

É evidente que mais cedo ou mais tarde os diferentes países passariam a regravar o tema, dada a relevância social da matéria e a importância ascendente dessa categoria contratual no mercado. E, de fato, ao menos em alguns estados dos Estados Unidos, na França, na Itália e na Espanha, os contratos de integração vertical já possuem regramento específico. Não causa surpresa, portanto, que o Brasil tenha providenciado a sua lei sobre um assunto tão relevante. A nova norma deve ser objeto de novos estudos de direito civil e de direito agrário, e é possível que ela ganhe enorme repercussão prática nos próximos anos, sobretudo quando, aos poucos, suas regras começarem a ser judicializadas.

1. A Lei n. 13.288/2016 e uma questão terminológica

A Lei n. 13.288/2016 foi criada a partir de uma longa tramitação iniciada em 1998 com o Projeto de Lei n. 4.378, seguida pelo Projeto de Lei n. 4.444, de 17 de novembro de 2004, depois pelo Projeto de Lei n. 3.979, de 2 de setembro de 2008; pelo Projeto de Lei n. 8.023, de 15 de dezembro de 2010 e, então, pelo Projeto de Lei n. 6.459/2013 que se tornaria a Lei n. 13.288/2016.

O nome usado pela lei, “contratos de integração vertical”, traz problemas terminológicos. É que a doutrina econômica, sobretudo a americana, refere-se à integração vertical como a estruturação da produção em várias cadeias dentro da operação maior de um empresário apenas (ou de um grupo empresarial apenas). No Brasil, porém, o termo “integração vertical” é usado tanto para se referir a essa situação como para designar, também, a associação de empresários sob um regime contratual específico (justamente o tema deste trabalho). Assim, há uma grande confusão na terminologia do instituto.

É inerente à atividade empresarial se integrar a uma cadeia produtiva, ligando-se a outros entes econômicos dependendo do lugar que se ocupa. Logo, todo empresário se integra verticalmente. A questão é: como. Pode-se integrar verticalmente de maneira interna ou direta, ou seja, expandindo o objeto social do próprio empresário para que esse passe a abranger mais de um nível da cadeia produtiva. É o que os administradores americanos chamam de “faça você mesmo (*do it yourself*)”. Outra maneira é a externa ou indireta, que consiste em contratar com os outros elos produtivos, donde surgem os acordos verticais. Quando um fabricante deseja delegar a distribuição de seus produtos (jusante), ou quando deseja delegar a produção de seus insumos (“a montante”), constata-se a presença dos acordos verticais, ou seja, contratos comerciais

que o ligarão às pessoas para quem essas atividades serão incumbidas.

O contrato de integração vertical é uma espécie do gênero acordo vertical.

Assim, é possível se valer da seguinte sistematização: a integração vertical pode ser *lato sensu* (gênero) ou *stricto sensu* (espécie). A integração vertical enquanto gênero abarca a integração vertical *stricto sensu* e os contratos de integração vertical. A integração vertical *stricto sensu*, ou propriamente dita, ou interna, ou só *vertical integration*, refere-se àquela em que o empresário, ele mesmo, abarca em sua operação mais de um nível da cadeia produtiva. É o caso do produtor de frangos que decide produzir também a ração para eles. Outro caso é o contrato de integração vertical, ou acordos verticais de integração, ou *vertical disintegration*, em que há um negócio jurídico para criação de uma relação comercial simbiótica entre determinados agentes para promoção de maior dinamismo em uma cadeia produtiva. É o caso dos contratos de distribuição, por exemplo.

2. Conceitos fundamentais dos contratos de integração vertical

Uma grande preocupação da Lei n. 13.288/2016 foi estabelecer as balizas para se reconhecer, na prática, um contrato de integração vertical agrário, diferenciando-o de outros contratos agrários. Na lógica do novo sistema, a identificação de uma determinada situação como sendo um contrato de integração vertical envolve o conhecimento de quatro conceitos fundamentais: agente integrador; produtor integrado; atividade agrossilvipastoril e o próprio conceito de contrato de integração vertical. Esses conceitos são em primeiro lugar extraídos do art. 2º da Lei n. 13.288/2016, sendo que alguns deles necessitam de retoques doutrinários a serem ora propostos.

O inc. III, do art. 2º, diz que é integrador a “pessoa física ou jurídica que se vincula ao produtor integrado por meio de contrato de integração vertical, fornecendo bens, insumos e serviços e recebendo matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final utilizados no processo industrial ou comercial”. O inc. II do mesmo artigo determina que é produtor integrado o “produtor agrossilvipastoril, pessoa física ou jurídica, que, individualmente ou de forma associativa, com ou sem a cooperação laboral de empregados, se vincula ao integrador por meio de contrato de integração vertical, recebendo bens ou serviços para a produção e para o fornecimento de matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final”.

Já “atividade agrossilvipastoril” é neologismo criado pela lei e definido por ela como “atividades de

agricultura, pecuária, silvicultura, aquicultura, pesca ou extrativismo vegetal”. Como se percebe, a lei quis incluir toda a atividade agrária nesse conceito; algo desnecessário por duas razões: (i) se a intenção era incluir toda a atividade agrária, bastava ter usado o termo já conhecido “atividade agrária”; (ii) dado que a intenção da lei é protetiva dos produtores rurais, o conceito de agrossilvipastoril deve, de fato, ter interpretação extensiva para equivaler a atividade agrária, que é mais ampla do que os setores tipificados na lei e que se trata de um conceito em constante evolução. Basta lembrar que hoje já há até atividade agrária sem solo (por exemplo, a hidroponia), elemento que outrora se pensava indispensável ao conceito da atividade agrária.

Já os conceitos de “integração vertical” e de “contrato de integração vertical” dados pela lei são insuficientes. As razões para tanto são muitas e estão expostas no estudo a que me referi anteriormente. Em nosso sentir, a melhor forma de se conceituar essa categoria jurídica é a seguinte: contrato de integração vertical agrário é negócio jurídico misto consistente em acordo vertical de execução continuada por meio do qual um agente integrador se obriga ao fornecimento de certos bens e/ou serviços a um produtor integrado, que os sujeitará à atividade agrária e/ou operações agrossilvipastoris, para que este beneficie aqueles bens se valendo dos serviços que lhe foram oferecidos e os repasse, melhorados, de volta ao integrador, em troca de uma remuneração pelo serviço de beneficiamento que presta.

A vantagem desse conceito, além de descrever a operação econômica realizada no contrato, é a de estar em consonância com a causa dessa categoria negocial, ou seja, sua função socioeconômica. Nesse sentido, há de se esclarecer que a causa do contrato de integração vertical agrária é possibilitar a interligação entre diferentes níveis de produção de uma forma orgânica e simbiótica. Essa interligação é possível na medida em que se viabiliza um ambiente contratual de cooperação entre agentes integradores e produtores integrados, proporcionando aos integradores uma economia quanto a seus custos (de transação e outros), na medida em que celebram contratos de longo prazo com integrados e delegam a eles um nível inteiro da cadeia produtiva, ao mesmo tempo que permite aos integrados participar da cadeia produtiva agrária, ser remunerados pelo labor no campo e manter seu estilo de vida, sem precisar dispor de relevante capital de giro ou de elevado conhecimento técnico, ambos elementos cada vez mais imprescindíveis no agronegócio. Essa é a função econômica dos contratos de integração vertical agrários, e, por conseguinte, é essa sua causa.

3. Estrutura externa dos contratos de integração vertical e a precificação forçada

A Lei n. 13.288/2016 prevê diversos deveres e obrigações para as partes, como os diversos itens obrigatórios nos contratos (art. 4^o), o formulário cadastral dos produtores (art. 7^o), e obrigações ambientais e tributárias (art. 10).

A parte mais relevante de suas disposições, porém, é a instituição de uma estrutura extracontratual de controle dos contratos de integração vertical, estrutura esta constituída por um Fórum Nacional de Integração – FONIAGRO por cada ramo e várias Comissões de Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração – CADECs, que existirão em grande quantidade, uma para cada operação em que haja integração vertical. Dentre outras atribuições, o FONIAGRO criará uma fórmula de referência com o preço a ser pago para o produtor integrado. Esse preço será efetivado e fiscalizado em cada operação pelas CADECs.

Essas entidades trazidas pela lei n. 13.288/2016 não vieram do nada. Há no Brasil diversas entidades ligadas a certas atividades do agronegócio que assessoram os contratantes a obterem bons resultados. Essas entidades, representativas de um ou outro lado dos contratos, ou ainda se apresentando como neutras aos contratantes, assumem forma vária: são sindicatos, cooperativas, associações, conselhos, federações, confederações, instituições de ensino e pesquisa, entre outras. Assim, o agronegócio movimenta, além de tudo, uma grande máquina jurídico-administrativa de entidades voltadas para o desenvolvimento de atividades agrárias. Esse quadro não surpreende; aliás, era até esperado, dada a importância do agronegócio para o país.

Uma dessas entidades ligadas ao agronegócio é o Conselho dos Produtores de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Etanol do Estado de São Paulo – CONSECANA-SP. Como se sabe, o CONSECANA-SP tem um histórico bem sucedido de mediação de conflitos ocorridos em seu ramo de atividade, realização de pesquisas nessa seara e – o mais importante –, *recomenda* preços de ATR (*açúcar total recuperável* [em processo industrial]) para o mercado, servindo como importante baliza para a precificação da produção nos contratos celebrados entre produtores de açúcar e outros *players* do mercado.

Dado o sucesso do CONSECANA-SP na fixação desse preço de *referência*, e considerando a estrutura do CONSECANA-SP e aquela proposta pela Lei n. 13.288/2016 no que tange aos FONIAGROS e CADECs, é possível vislumbrar uma clara influência das atividades dessa entidade na formatação do que ficou positivado na lei. Não podemos olvidar que

diversas entidades contribuíram para a edição da lei, que foi longamente discutida em sua extensa tramitação, mas as semelhanças entre a proposta legal e o funcionamento do CONSECANA-SP são demasiadas para serem ignoradas. A inspiração de uma pela outra é, pois, claríssima. No meio de tantas similaridades entre os dois sistemas, há uma diferença que salta aos olhos: ao passo em que o CONSECANA-SP emite um preço de referência para o ATR que é facultativo para o mercado açucareiro; a Lei n. 13.288/2016, no art. 7^o, inc. IV, prevê que o valor de referência será obrigatório, e ainda atribui à CADEC a função de determinar e fazer cumprir esse valor de referência (conforme art. 6^o, inc. VII, da Lei n. 13.288/2016).

Como se percebe, a legislação federal acabou por passar por cima de um fator relevante para o sucesso daquela entidade que é justamente o fato de que seu preço de referência não é obrigatório para o mercado. Ele serve, como o nome diz, como uma referência. Isso permite que o mercado se sirva de um índice de preço confiável ao mesmo tempo em que mantém sua autonomia e flexibilidade para uma margem de flutuação que acompanhe as idiosincrasias de cada área e de cada tempo, mantendo a competitividade do mercado no ponto máximo segundo os preceitos da Nova Economia Institucional no que tange a lei da demanda e oferta. Essa constatação é importante para perceber o retrocesso da precificação forçada trazida pela lei e traz um elemento para sustentar sua inconstitucionalidade, dado que a livre iniciativa é norma constitucional (CF, art. 1^o, inc. IV).

O tabelamento de preços e a fixação forçada de preços mínimos lesa o mercado inteiro e até mesmo prejudica aqueles a quem a tabela foi pensada para beneficiar, porque ignora uma lei maior que as legisladas, que a da oferta e da demanda. Coincidentemente, o Brasil está vivendo atualmente os dramas de uma política econômica populista e intervencionista com as recentes tentativas de tabelamento dos preços dos fretes para os caminhoneiros, medida que a maioria dos economistas, veículos de comunicação sérios e o próprio CADE têm reputado como ineficiente. Aliás, em peça especificamente elaborada sobre o assunto, o CADE afirmou que “existem muitas evidências de que o que está sendo proposto como tabelamento do preço do frete é claramente contrário ao interesse dos consumidores e dos próprios caminhoneiros, pois irá aumentar os preços dos bens finais no curto prazo e gerar graves distorções na dinâmica concorrencial do transporte rodoviário de cargas no médio e longo prazo”. Em nosso sentir, o mesmo efeito danoso – ou um ainda

maior – poderá advir do uso indiscriminado do preço mínimo de referência trazido pela Lei n. 13.288/2016. Esse dispositivo deve ser reputado inconstitucional, protegendo-se o mercado das intempéries causadas por esse intervencionismo estatal de mal avaliadas consequências. E há de se deixar claro que não se repudia a ideia de proteger o pequeno agricultor e o produtor rural; o grande ponto é que o método escolhido para fazer isso – a precificação forçada – não é eficaz para atingir esse objetivo; muito pelo contrário, tem grande probabilidade de causar efeitos desastrosos para a economia brasileira e, em última análise, prejudicar aqueles a quem se pretendia defender.

Considerações finais

A Lei n. 13.288/2016 é o marco regulatório dos contratos de integração vertical no Brasil. O tratamento da matéria é bem-vindo, dada a relevância econômica do assunto, mas, exatamente por ser relevante para o país, as normas sobre o tema devem ser pensadas minuciosamente e avaliadas em todas as suas consequências. Acima de tudo, deve-se proteger o mercado agrário do Brasil, país cuja balança comercial e produto interno bruto dependem enormemente do desempenho do agronegócio.

Há muito o que elogiar no ainda novel diploma legislativo. Há conceitos úteis para a identificação do contrato de integração vertical e a iniciativa de prever o conteúdo mínimo do contrato dará muito mais previsibilidade para os agentes envolvidos, algo essencial para o bom tráfego econômico.

Por outro lado, em outros pontos relevantes a lei não andou bem. Além da imprecisão de alguns outros conceitos, não é bem-vinda a precificação forçada do art. 4^o, inc. VII, que, a nosso ver, é inconstitucional por violar a livre-iniciativa e por não passar em um exame de proporcionalidade. Por meio da precificação forçada, o mercado inteiro ficará prejudicado e o desempenho do Brasil será prejudicado, o que pode ser fatal dado que se trata de uma *commodity* cuja competição é acirradíssima no mercado internacional. Em outras palavras, a restrição da liberdade econômica desequilibra o mercado, sobretudo ao se considerar que a “lei da oferta e da procura” não pode ser revogada. O mercado internacional, destino dessas *commodities*, é dinâmico, e essas comissões engessam os *players*, que perdem em competitividade por conta do aumento dos custos de transação envolvidos.



* A íntegra deste artigo está disponível no portal da Editora JC

A verdade sobre o distrato e suas consequências

Desconstruindo a equivocada interpretação e aplicação automática da Súmula 543 do STJ

Eduardo Abreu Biondi | Advogado

No mês de abril de 2018, foi realizado o terceiro evento no auditório do Superior Tribunal de Justiça, versando sobre “A Incorporação imobiliária na Perspectiva do STJ”, para debater como principal tema o grande número de desistência das aquisições de unidades imobiliárias pelos compradores, vulgarmente denominadas no mercado por distratos.

Ao final do evento, restou unânime o entendimento no sentido de que a apreciação de processos em grau de recurso nos Tribunais de todo o país vem aumentando gradativamente, permitindo verificar o crescimento exponencial das demandas que visam à extinção de contratos de compra e venda de unidade imobiliária em construção a partir de um entendimento, equivocado a nossa sentir, de que a Súmula nº 543 do Superior Tribunal de Justiça autoriza todo e qualquer distrato, embora nela esteja escrito apenas que, no caso de resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, os valores pagos pelo desistente devem ser restituídos imediatamente.

Embora um consenso comum quanto eventual solução para os distratos imotivados não tenha se estabelecido nos eventos realizados, a necessária distinção entre o “distrato necessidade” do “distrato

especulação” tornou-se voz comum, sendo talvez a melhor interpretação que deve ser feita nos tempos atuais do sinalagma contratual, mostrando-se fundamental distinguir a rescisão unilateral, por simples manifestação de vontade, de uma ou de ambas as partes, da resolução unilateral advindo de outras situações supervenientes à relação contratual com eficácia extintiva.

Para tanto, nas ações de rescisão unilateral¹, impõe-se identificar de plano, quem é consumidor e quem é investidor. Para os precursores do consumerismo, consumidor seria aquele que retira o bem do mercado para uso próprio, seja ele pessoa física ou jurídica, não utilizando o bem em uma cadeia de produção. Em se tratando de compra de imóvel, consumidor seria aquele que adquire o imóvel para moradia. Em outra senda, investidor é aquele que adquire o bem imóvel, atraído pelo mercado promissor da construção civil, com o fito único de obter lucro.

Como sabido, não há óbices pelo mercado da construção civil e das entidades do consumidor, da resolução acontecer em favor do consumidor que comprove fatos supervenientes ocorridos após a assinatura do contrato (como por exemplo: perda de emprego, doença, diminuição de renda, aumento dos gastos com o núcleo familiar, superendividamento e outros).



Para este, há a proteção do CDC, do artigo 478 do CC, da súmula nº 543 e do precedente originário que estabeleceu o primeiro material jurisprudencial sobre o qual se debruçaram os intérpretes dos casos subsequentes, conferindo-lhe estabilidade.

Há hoje uma conceituação unânime de que a maior parte da judicialização dos distratos, com pedido de desfazimento do compromisso de compra e por parte de investidores, que não buscam o judiciário pedindo a rescisão do negócio quando o mercado está aquecido, porque preferem revender a sua unidade no mercado secundário, mas fazem isso quando o mercado deixa de apresentar a valorização no curto prazo² que eles irrazoavelmente esperavam.

Na prática, o investidor resolve “sacar” o seu dinheiro através da rescisão de contrato, como se as incorporadoras fossem bancos de investimento. É como se ele pudesse fazer dois contratos e, ao final do prazo de entrega da obra, escolhesse se quer o imóvel ou a devolução do dinheiro com juros e correção monetária.

Optando por “sacar” o dinheiro, rompe a legítima expectativa que a incorporadora possuía de recebimento do preço nas condições pactuadas e desequilibra a relação econômica do negócio, ameaçando a todos que integram aquela cadeia econômica, impactando diretamente os financiamentos imobiliários,

na revisão do preço, na conclusão da obra e prejudicando o consumidor de fato, que a duras penas vem honrando o contrato para receber a tão sonhada casa própria.

Se à incorporadora pudesse ser dado o direito de aumentar o preço, depois do contrato feito e da evidente valorização monetária do imóvel, talvez pudesse ser legítima a pretensão do comprador-especulador de fazer da incorporação imobiliária um contrato de investimento com várias portas de saída

Acontece que essa não é a realidade. Se o imóvel valoriza, a incorporadora não cobra diferença e o comprador investidor fica com as vantagens; se o imóvel desvaloriza, a incorporadora não tem obrigação de reduzir o preço e o comprador, que optou por um investimento, deve arcar com o resultado do negócio, já que esse fenômeno econômico é o que constitui a base axiológica dos contratos bilaterais, através da imposição da cláusula geral da boa-fé objetiva prevista no art. 422 do CC/2002, que se destina a restringir a prerrogativa jurídica de imposição unilateral de situações evidentemente abusivas – já que o “dever recíproco de lealdade e cumprimento das obrigações” é o ponto basilar dessa relação jurídica.

E justamente nesse cenário de minguada atividade econômica, incentivar a potestatividade (sem



qualquer justificativa) desorganiza os investimentos e prejudica a gestão dos empreendimentos, inclusive perante os demais compradores/consumidores, tornando fundamental a diferenciação entre o consumidor³ e o investidor/especulador⁴, aplicando-se ao caso concreto a teoria dinâmica das provas previsto no §1º do artigo 373 do novo CPC, para que sempre seja comprovado se o pedido de rescisão unilateral é baseada em meras alegações e potestatividade (resilição) ou motivada por fatos supervenientes ou onerosidade excessiva (resolução).

Por certo, se é o promitente comprador quem enfrenta dificuldades financeiras, ainda que a inversão do ônus da prova seja uma faculdade conferida ao magistrado, configura prova diabólica a transferência desse ônus probatório ao incorporador, que não detém meios de investigar a saúde econômica do comprador que alega impossibilidade de arcar com o contrato – este, sim, que poderá fazê-lo por diversos e variados meios.

E é justamente com essa verificação e prova que poderá/deverá ser feita a distinção entre consumidor e investidor, quando eventual ação de rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel na planta ocorrer com base, exclusivamente, na afirmação de que há dificuldades financeiras em honrar o contrato em virtude da mudança nas condições econômicas do país.

Essa diferenciação se torna ainda mais necessária quando rememora-se como o tema chegou ao STJ ainda no século passado. Ao julgar o REsp nº 115.671/RS, DJ de 2/10/00, prevaleceu o voto do eminente Ministro Waldemar Zveiter, no sentido de poder o compra-

dor inadimplente “pleitear em juízo a devolução das prestações pagas e a rescisão do pacto, em face do desequilíbrio financeiro resultante da aplicação dos sucessivos planos econômicos⁵, presentes os artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor”. Neste julgamento houve necessidade de desempate, proferindo voto o Senhor Ministro Barros Monteiro, o qual consolidou a jurisprudência da 4ª Turma no sentido de que “o devedor inadimplente não tem em princípio, o direito de pedir a resolução do contrato. Porém, se surgir fato superveniente, suficientemente, forte para justificar aquele inadimplemento, a parte que sofreu o efeito dessa alteração objetiva da base em que foi celebrado o negócio pode vir a juízo para provocar a extinção do contrato”.

Assentada tal premissa, posteriormente no REsp nº 200.019/SP, DJ de 27/8/2001 que teve como Relator o Ministro Waldemar Zveiter e voto-vista do Ministro Ari Pargendler, e no REsp nº 293.214/SP, DJ de 20/08/2001 que teve como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, a 4ª Turma acompanhou a orientação que se firmou majoritária, no sentido de admitir o pedido de rescisão do promitente comprador quando COMPROVADAS as circunstâncias da impossibilidade de pagamento por fatos supervenientes e/ou onerosidade excessiva, tornando inviável a manutenção do contrato.

Com o passar do tempo, sem menção de qualquer mudança na jurisprudência que restou absolutamente consolidada no ano de 2000 pela Corte Superior, os Tribunais inferiores passaram a aceitar o pedido de resilição unilateral sem que fosse feita qualquer prova da incapacidade econômica, destoando do que

“ Cabe ao promitente comprador fazer prova da afirmação de que enfrenta dificuldades financeiras, como consequência prática, na distinção do consumidor hipossuficiente do investidor oportunista, conseguindo separar o joio do trigo.”

inicialmente foi decidido e abrindo um leque muito maior, para que eventuais investidores transvestidos de consumidores, fizessem do contrato de compra e venda de bem imóvel um contrato de investimento: a parte compra o bem, inicia o pagamento e depois, não mais podendo pagar, pleiteia a devolução integral do que pagou. O sistema assim alicerçado criaria um verdadeiro impasse econômico e alteraria a própria substância do contrato de compra e venda de bem imóvel, acabando à força com a preservação dos contratos e com a segurança jurídica.

E nesse sentido, criou-se um distanciamento nos julgados das instâncias inferiores, gerando uma ruptura explícita, quando deu-se tratamento igualitário a casos substancialmente distintos, como se fossem (mas não são) objetos subsumíveis à mesma regra geral, já que o que fez pacificar o entendimento da possível resolução contratual por parte do comprador inadimplente é a sua comprovação de impossibilidade de arcar com os valores devidos.


Mais do que se afastar do precedente originário, colocou-se em risco a validade, a eficácia, a legitimidade e a segurança jurídica contidas no precedente trazido pelo tribunal que o formou, já que as milhares de demandas de distrato são consubstanciadas na alegação de impossibilidade do pagamento, inexistindo comprovação mínima de tal alegação.

Desta feita, prudente seria um novo pronunciamento sobre a *ratio decidendi*⁶ pelo STJ, uma vez que a matéria é unicamente de direito, limitando-se a determinar se a inversão do ônus da prova, para que o incorporador comprove a alegada perda superveniente de capacidade econômica do consumi-

dor, é ou não cabível nos casos em que o promitente comprador pleiteia a rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel na planta com base, exclusivamente, na afirmação de que enfrenta dificuldades financeiras não podendo honrar com o contrato, não havendo, assim, qualquer controvérsia fática a ser analisada, mas apenas sua consequência jurídica, razão por que sequer incidiria o óbice do verbete 7 da Súmula da jurisprudência do Tribunal Superior.

Dessa forma, chegar-se à conclusão lógica – como chegaram os Ministros que enfrentaram e sedimentaram a tese originária – de que cabe ao promitente comprador fazer prova da afirmação de que enfrenta dificuldades financeiras, como consequência prática, na distinção do consumidor hipossuficiente do investidor oportunista, conseguindo separar o joio do trigo e automaticamente, proibindo que o contrato de compra e venda de bem imóvel seja transformado em um vantajoso contrato de investimento em que o investidor compra o bem, inicia o pagamento e depois, não mais querendo pagar, pleiteia a devolução do que pagou com juros e correção, vindo a receber muito mais do que aportou inicialmente, lesando aqueles que legitimamente utilizaram seus rendimentos em um sonho.

Se nem na sua origem a Súmula 543 do STJ pretendeu ser uma porta aberta para o descumprimento contratual, muito mais injusto que, agora, as cortes estaduais a invoquem, pois, inaugurada e consolidada pelo próprio STJ a discussão sobre o impacto econômico das decisões judiciais, não seria ele próprio o responsável por uma decisão tão contrária a esse conceito.

A verdade é que não se pode cogitar um Estado Democrático de Direito sem um ordenamento jurídico coerente, e esse é um pensamento relevante para que passemos a ter decisões equânimes e mais justas. 

Notas

¹ Desfazimento de um contrato por simples manifestação de vontade do promitente comprador.

² O conceito de valorização no curto prazo no mercado imobiliário foi desenvolvido em um determinado momento e depois aproveitado por especuladores, sendo uma subversão absoluta – da regra de que imóveis representam investimento de longo prazo.

³ Aquele que quer comprar o imóvel, mas não pode ou não tem como pagar por razões alheias a sua vontade.

⁴ Aquele que pode e tem como pagar, mas não quer.

⁵ Onerosidade Excessiva – Resolução Contratual.

⁶ “regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso”, devendo ser, necessariamente, analisada à luz do (caso concreto) que ela solucionou. STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2ª ed., rev., atual., Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014, p. 46.

Missão dada, missão cumprida

Sesc RJ e Senac RJ devolvem à população fluminense e à família comerciária as razões de ser das instituições. Casas reconstruídas, reconectadas ao Sistema e saneadas financeiramente em apenas seis meses

A missão podia parecer quase impossível, os estorvos eram tremendos, mas, acima de tudo, havia a certeza de que o desafio seria cumprido. Dito e feito. Em seis meses de uma gestão moderna, austera, transformadora e fiel às missões destas duas instituições históricas, o Sesc RJ e o Senac RJ, sob intervenção, conseguiram se reestruturar e serem saneados financeiramente, permitindo que ambos recuperassem sua credibilidade, suas atividades essenciais e o respeito e a utilidade para o povo fluminense. Nenhum esforço foi medido para que Sesc RJ e Senac RJ retomassem suas vocações de proporcionar qualidade de vida, bem-estar e educação à sociedade do Estado do Rio de Janeiro, ainda cheia de desigualdades, e que vive um momento particularmente difícil de sua História.

Sob o comando do Interventor Luiz Gastão Bittencourt – que se licenciou do Sistema Fecomércio Ceará, para assumir, em terras fluminenses, a missão dada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) –, foi possível, após rigorosa readequação administrativo-financeira, aliada à implantação de um controle efetivo de gestão orçamentária, e sensibilidade social, promover o renascimento do Sesc RJ e do Senac RJ.

Hoje, neste novo cenário, Sesc RJ e Senac RJ já estão com 80% de seus orçamentos direcionados às suas atividades-fim. Parece trivial, mas não é. Esta

conquista teve como maior beneficiária a família comerciária, que reencontrou seus espaços e equipamentos, além da população do Estado. A nova gestão segue obedecendo minuciosa auditoria do Sistema, cujas contas seguem sendo prestadas ao Tribunal de Contas da União.

“Encontramos uma realidade nesta regional, completamente fora de conformidade nas áreas Administrativa e Financeira nas duas instituições, que estavam, naquele momento, desconectadas de suas missões e de costas para a população fluminense. Com muito esforço e dedicação de um time comprometido, alcançamos resultados significativos, que fizeram Sesc RJ e Senac RJ reencontrarem suas verdadeiras missões. O Sesc RJ está sendo reconstruído. E o Senac RJ reconectado ao Sistema. Com isso, a sociedade fluminense recebe de volta serviços capazes de transformar suas vidas, o que é nosso dever e nossa obrigação”, afirma o Interventor.

Os usuários do Sesc RJ e do Senac RJ percebem as profundas mudanças no dia a dia. O Senac RJ, referência em Educação Profissional há 70 anos, decidiu reformular seu modelo pedagógico, alinhado com as diretrizes do Senac Nacional. Já no que diz respeito ao Sesc RJ, que tem a responsabilidade social em sua essência, é preciso abrir horizontes. A instituição atende hoje apenas 6% dos comerciários do Estado. A meta é chegar, a curto prazo, a um patamar de 30% dos comerciários do Rio, o que representará algo em torno de 1 milhão de usuários.

As Unidades renasceram, literalmente. Foram 2,2 mil atividades culturais durante o primeiro semestre. Isso sem falar do Festival Sesc de Inverno, recém-encerrado, evento multilinguagem que é o ponto máximo do calendário oficial das Casas, e que atraiu, em números preliminares, pelo menos meio milhão de pessoas à Região Serrana agora em julho.



Foto: Marcio Mercante/Agência O Dia

À frente do Sesc RJ e do Senac RJ, o interventor Luiz Gastão Bittencourt, em seis meses, colheu os resultados de uma gestão moderna, austera, transformadora e fiel às missões das duas instituições

Para reverter o declínio das duas instituições e devolvê-las ao Rio de Janeiro, saneadas e reconectadas com suas missões, o Interventor conta com o apoio da Diretora Regional do Sesc RJ, Regina Pinho, e da Diretora Regional do Senac RJ, Ana Claudia Martins, além de uma brilhante equipe multiregional. Nessa empreitada, a gestão das duas Casas encontrou a sintonia com a nova gestão da Federação do Comércio do Estado do Rio de Janeiro (Fecomércio RJ), presidida por Antonio Florêncio de Queiroz Júnior, retomando a irmandade destas instituições.

Na busca pelo resgate das ações de cidadania do Sesc RJ e do Senac RJ, a gestão atual resgatou projetos e programas que contribuem para proporcionar educação, qualidade de vida e bem-estar da população. Entre eles estão a retomada dos serviços de Odontologia, Educação Infantil, Turismo Social (mais de 20 mil atendimentos) e a inauguração de três academias de musculação (já com mais de 400 inscritos). Do lado do Senac RJ, veio, afinal, a integração à Rede Nacional de Ensino a Distância Senac e a criação do Banco de Oportunidades. Junto, a reativação das Unidades Móveis OdontoSesc e BiblioSesc, o crescimento da atuação do programa Mesa Brasil Sesc RJ, um exemplo mundial de combate à fome e ao desperdício, e a reali-

zação dos Comitês Técnicos Setoriais, unindo sustentabilidade e economia criativa.

Entre as ações estratégicas, a nova administração vem firmando parcerias com órgãos do Governo do Estado e da Prefeitura em diferentes esferas. Uma delas contribuiu para impulsionar o Legado Olímpico em complexos dos Jogos 2016, mais especificamente no Parque Radical, em Deodoro, e na Arena Carioca 3, na Barra da Tijuca. Outro acordo firmado com o governador Luiz Fernando Pezão, um parceiro de todas as horas, ampliou a oferta de novos projetos de Educação Profissional em comunidades cariocas, como a Rocinha, por meio da criação da Unidade Avançada de Hospitalidade Senac RJ.

O caminho para a reestruturação do Sesc RJ e do Senac RJ ainda está sendo percorrido, afirma o Interventor. As metas são ousadas, como, por exemplo, mais que dobrar (para 17,5 milhões), este ano, o número de atendimentos realizados nas áreas de atuação do Sesc RJ (Educação, Saúde, Cultura, Lazer e Assistência), em relação a 2017 (quase 7 milhões). Para isso, a atual administração elevou em 75% (R\$ 120.600 milhões) o orçamento para a programação da instituição, em relação a 2017 (quase R\$ 50 milhões).



Senac RJ: integração à Rede Nacional de Ensino a Distância e implantação do Modelo Pedagógico Senac

Conheça um pouco mais desta revolução pelo bem do Rio de Janeiro:

SESC RJ E SENAC RJ

Parceria de Educação com o Governo do Estado

A nova gestão do Sesc RJ e do Senac RJ fechou importante parceria com o governador Luiz Fernando Pezão, por meio da Secretaria de Educação do Estado. O objetivo é que Sesc RJ e Senac RJ levem o melhor da sua programação e de seu portfólio a 600 escolas da rede estadual, melhorando, assim, a formação das turmas do Ensino Médio, ao oferecer novas áreas de conhecimento, de forma gratuita, em regiões de baixa renda do Estado. A parceria beneficiará até 250 mil alunos.

Legado Olímpico

Fruto da parceria com a Prefeitura, o projeto Legado Olímpico utiliza, com intensa programação, os dois espaços construídos para os Jogos 2016, o Parque Radical de Deodoro e a Arena Carioca 3, oferecendo ao público atividades gratuitas do Sesc RJ e do Senac RJ. Até agora, já foram realizados 30 mil atendimentos nos dois espaços. A meta é chegar a 300 mil atendimentos até o fim do ano.

SESC RJ

Mesa Brasil Sesc RJ

Ícone nacional do combate à fome e ao desperdício o programa integra a rede nacional de banco de alimentos contra a fome e o desperdício. De janeiro a julho, foram doadas cerca 500 toneladas de alimentos a 400 instituições sociais, beneficiando mais de 50 mil pessoas. De janeiro a maio, 79.300 pessoas foram atendidas em cursos, encontros, oficinas e palestras. A meta é arrecadar este ano cinco vezes mais que em 2017 e cadastrar mais 700 novas instituições assistenciais. Foram fechadas parcerias com o Centro de Abastecimento do

Estado (Cadeg), que instalou um posto de coleta fixo. As equipes feminina e masculina de vôlei Sesc RJ também integram essa corrente do bem. Nas partidas da Superliga 2018, a entrada solidária incluía a doação de alimentos não perecíveis. Em 10 partidas, foram arrecadadas 9,5 toneladas.

Festival Sesc de Inverno

A 17ª edição do Festival Sesc de Inverno, realizado em julho na Região Serrana, teve mais de 300 atrações culturais, a maioria gratuita, o que fomentou a economia de Petrópolis, Teresópolis e Nova Friburgo. Considerado o maior evento multilinguagem do país, o Festival reuniu uma intensa programação. O evento, que teve mais de 500 mil espectadores, incluiu shows de grandes nomes da Música Popular Brasileira, como Milton Nascimento, Maria Rita, Frejat e Os Paralamas do Sucesso.

Unidades Móveis OdontoSesc e BiblioSesc

A nova administração atendeu um anseio da população fluminense: o incremento das atividades das Unidades Móveis OdontoSesc e BiblioSesc. A primeira delas – seis veículos com equipamentos de ponta para tratamentos odontológicos de atenção básica, como restauração, extração, raspagem, limpeza, aplicação tópica de flúor e radiografia – já prestou pelo menos 50 mil atendimentos gratuitos este ano. Já as quatro unidades BiblioSesc, que levam livros e revistas a inúmeras regiões do Estado, para incentivar o hábito da leitura, atingiram mais de 20 mil pessoas. Na área da Odontologia, as Unidades Sesc RJ que prestam esse atendimento oferecem, desde abril, três novas especialidades: prótese, endodontia (canal) e periodontia (gengiva).

O Nordeste é Aqui

O Nordeste é Aqui é um movimento de valorização da cultura nordestina no Estado, tão importante na formação étnica e cultural da população fluminense. Até dezembro, todas as Unidades Sesc RJ abrigarão uma rica programação sobre o tema, que inclui teatro, exposições, oficinas, shows, mostras de artesanato que exaltam a importância do forró no cenário cultural brasileiro. A proposta do movimento é reintegrar os esforços do Sesc RJ pela salvaguarda das matrizes do forró, promovendo o resgate e o fortalecimento de tradições e expressões do Nordeste. O Fórum Forró de Raiz, realizado em abril, foi a primeira ação do projeto. O intuito era reconhecer matrizes do forró como patrimônio imaterial brasileiro pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan).

Turismo Social

Dezoito Unidades Sesc RJ voltam a promover passeios e excursões na capital, em outros municípios e até em estados vizinhos. O programa já realizou mais de 20 mil atendimentos. Os preços são atrativos e há passeios gratuitos.

Cartão Sesc

O cartão Sesc oferece inúmeros benefícios aos trabalhadores do setor do Comércio de Bens, Serviços e Turismo e traz novidade: passou a ser extensivo a netos e avós. Assim, o Sesc RJ amplia o número de familiares de trabalhadores com acesso aos seus serviços, gratuitos ou a preços populares. Entre eles estão Educação Infantil, cursos de idiomas, esportes, piscinas, odontologia, turismo social, hotelaria Sesc em todo o país, além de espetáculos de teatro, música e dança. O Sesc RJ tem 420 mil cartões ativos. A meta é duplicar esse número até o fim do ano.

SENAC RJ

Ensino a Distância

O Senac é pioneiro em Ensino a Distância (EAD), ampliando sua atuação para todo o território nacional, o que a tornou a maior rede de EAD em alcance do país. Em janeiro, o Senac RJ passou a ofertar cursos técnicos na modalidade em três polos fluminenses. Com isso, o Rio passou a integrar a rede de polos no país que oferecem cursos nas áreas de Comércio, Design, Gestão, Informática, Meio Ambiente e Segurança. O Senac RJ oferece 13 cursos de Graduação, 33 de Pós-Graduação e 11 Técnicos.

Comitês Técnicos Setoriais

Os Comitês Técnicos Setoriais visam aproximar o Senac RJ dos setores produtivos fluminenses. Esses eventos têm a participação de empresários, associações de referência, sindicatos patronais e de trabalhadores, além de membros da sociedade civil, do meio

acadêmico e de instituições de pesquisa, ciência e tecnologia, além de especialistas do Senac RJ. O Comitê Técnico Setorial é uma ferramenta de escuta do mercado, da sociedade e dos diversos setores atendidos pela instituição. Já foram realizados, este ano, os encontros de Turismo e Moda.

Unidade Avançada de Hospitalidade Senac RJ

Desde abril, o Senac RJ lançou a Unidade Avançada de Hospitalidade Senac RJ, em São Conrado/Rocinha, que oferece cursos gratuitos de qualificação profissional e aperfeiçoamento nas áreas de Turismo e Hotelaria a jovens beneficiários de programas sociais de transferência de renda no mercado de trabalho. Os participantes têm acesso a *workshops* do Portal do Futuro (outra ação de responsabilidade social do Senac RJ) para desenvolvimento de competências comportamentais, orientação para empreendedorismo e a oportunidade de ingressar no Programa Jovem Aprendiz, em parceria com empresas do setor.

Implantação do Modelo Pedagógico Senac

A nova administração do Senac RJ possibilitou a implementação do Modelo Pedagógico Senac, metodologia que oferece aos seus alunos os mesmos princípios pedagógicos e organização curricular praticados em todos os departamentos regionais do Senac no país. Com isso, o aluno Senac RJ pode concluir um curso em qualquer Estado.

Banco de Oportunidades

O Senac RJ relançou o Banco de Oportunidades, que aproxima os talentos Senac do mercado de trabalho, direcionando os alunos para as vagas oferecidas pelo setor do Comércio de Bens, Serviços e Turismo. O propósito é ampliar as condições de empregabilidade dos alunos do Senac RJ, incentivando seu ingresso no mercado de trabalho, por meio de direcionamento de oportunidades e orientação profissional. O serviço é gratuito.



Foto: Marcelo Piu

Festival Sesc de Inverno: casa lotada no show de abertura de Milton Nascimento, em Petrópolis. Reconexão com o público e a família comerciária

Interferência indesejável

Saneamento básico e a atuação do Poder Judiciário

Bruno Calfat | Advogado

1. A vontade do legislador

Saneamento é o conjunto de medidas que visa preservar ou modificar as condições do meio ambiente com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde, melhorar a qualidade de vida da população e à produtividade do indivíduo e facilitar a atividade econômica. No Brasil, o saneamento básico é um direito assegurado pela Constituição da República e definido pela Lei nº 11.445, de 5/1/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Nesse contexto, o legislador federal previu, como uma das possibilidades para a melhoria e expansão dos serviços de esgotamento sanitário, o modelo de concessão, cabendo ao ente público a elaboração de plano de saneamento, abordando princípios e diretrizes, objetivos, metas, programas, projetos e ações a serem realizados, nos termos do artigo 19 da referida lei¹.

Desse plano, decorrerão as metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e uso racional de águas, energia e outros recursos naturais, sempre em conformidade com as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços². Em outras palavras, o marco legal, ao prever a possibilidade de prestação do serviço por particular (art. 10), determina que o contratado deverá sempre atender às metas e aos objetivos da concessão.

Importante notar que o licitante, no certame que dá origem a uma concessão, leva em conta justamente as metas estabelecidas pelo Poder Concedente para elaboração da sua proposta e do planejamento dos serviços que virá a prestar caso se sagre vencedor.

Desse modo, o contratado considera, no cálculo dos indicadores contratuais relacionados aos investimentos que tem que honrar e às metas que tem que cumprir, a população sujeita a atendimento, excluindo do seu planejamento de obras as áreas inegáveis (em geral, áreas proteção de mananciais, faixas lindeiras aos rios e córregos ou invadidas ilegalmente) e as áreas de baixa densidade.

Além de definir os sistemas necessários à implantação e/ou expansão do sistema de esgotamento sanitário, a concessionária deve definir a sequência de implantação, levando-se em consideração a densidade demográfica, elementos conjunturais, como demandas regionais, dentre outros fatores de natureza diversos, tudo de modo a atender os usuários da forma mais eficiente possível.

2. Judicialização de políticas públicas e o papel do Poder Judiciário

Feitas essas considerações acerca de um dos modelos de expansão e melhoria dos serviços voltados para o saneamento básico, deve-se atentar para o crescente número de medidas judiciais, movidas pelo Ministério Público, entidades de classe, associações, etc., que, deixando de lado a natureza técnica dos serviços e dos projetos, bem como as metas estabelecidas pela Administração e o cronograma delas decorrentes, buscam compelir o Poder Concedente e as concessionárias a implantar, em um dado prazo, o sistema de esgotamento sanitário em uma determinada região.

A natureza da intervenção remete à discussão em torno da judicialização de políticas públicas e do papel do Poder Judiciário dentro do sistema jurídico-



constitucional vigente. Dessas balizas não poderá dissociar-se a discussão.

Não se desconhece que a atividade administrativa e a atividade legislativa não são imunes ao controle judicial. Mas, a interferência do Poder Judiciário nas atividades tipicamente outorgadas aos outros Poderes, ainda que sob o pretexto de concretizar a Constituição, há de ser exercida sempre com *parcimônia* e dentro das *demarcações da razoabilidade*.

Em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, que não raras vezes geram tensões entre eles. Ao contrário das regras, que são aplicadas sob a lógica do *tudo ou nada*, os princípios são mandados de otimização, que devem ser realizados na maior intensidade possível, em vista dos elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.³ Assim é que os direitos fundados em princípios constitucionais poderão ser exercidos, em princípio e na medida do possível, conforme a ponderação que a autoridade competente – seja o legislador, seja o administrador, seja ainda o intérprete judicial – fará dos princípios em colisão.

A partir do momento em que se reconheceu força normativa às normas constitucionais, o Poder Judiciário passou a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição, muitas vezes adentrando na esfera de atuação institucionalmente outorgada a outros poderes, na busca da realização de direitos com assento constitucional.

A primeira reflexão que se põe ao ativismo judicial desenfreado diz respeito à *legitimidade democrática*. Numa democracia, a prerrogativa de decidir o modo de aplicação dos recursos públicos e de eger prioridades no gasto público é da vontade popular, condensada na voz de seus representantes democraticamente eleitos. Nesse aspecto, o Judiciário tem papel fundamental para repelir a possibilidade de redefinição das medidas a serem priorizadas, sob pena de restar violada a legitimidade democrática, que deu origem ao modelo legal vigente.

Outro relevante fator a pesar na medida da interferência nas concessões reveste-se de cunho financeiro e é usualmente formulada sob a noção de “reserva do possível”. A implementação de uma política pública depende de disponibilidade financeira e investir recursos em um determinado

projeto implica deixar de investir em outras áreas. Se recursos públicos devem ser investidos com maior ou menor intensidade em políticas públicas voltadas para educação, saúde, utilidades públicas ou proteção ao meio ambiente consubstancia difícil decisão a ser resolvida pelo Administrador Público.


Em paradigmático pronunciamento a respeito do tema, a decisão proferida na ADPF 45 fixa como balizas a pautar a intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas: (a) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (b) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (c) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas⁴.

Pode-se dizer, em caráter conclusivo, que se pode postular judicialmente a intervenção em prol de um direito com assento constitucional sempre que a sua falta de efetividade decorrer de uma omissão legislativa ou do Administrador Público. Porém, quando o legislador realiza ponderações em abstrato, ou quando o administrador organiza sua atuação administrativa conforme seu juízo ponderativo dos princípios em jogo, deve o intérprete judicial se abster de sobrepor sua própria valoração à que foi feita pelo órgão de representação popular.

Se o legislador/administrador público tiver ponderado os princípios em jogo e tiver feito escolhas lícitas, conforme o peso atribuído a cada direito extraído dos princípios em colisão, diferentemente de assentir com postulações indevidas, o Judiciário deverá tutelar essas escolhas em respeito ao princípio democrático. Interferir e redefinir as escolhas feitas na implementação de uma política pública põe em risco a própria continuidade dessa política e desorganiza a atividade administrativa e a alocação racional de recursos públicos.

Canalizar os investimentos projetados para a etapa inicial em determinadas regiões, destinando a outras os investimentos previstos para uma etapa subsequente, consubstancia a escolha que a Administração Pública tomou no desafio de implementar, sob uma perspectiva macro, deveres prestacionais impostos pelo direito ao meio ambiente sadio dentro da *reserva possível*, i.e., dentro das disponibilidades financeiras.

Redesenhar ou modificar cronograma por decisão judicial implica em realocação dos recursos. Na prática, essa reconfiguração coloca em risco o próprio plano de expansão do serviço, na medida em que compele Poder Público e concessionárias a dar às receitas financeiras disponíveis destinação diversa da projetada. E, o que é pior, estrangula o

equilíbrio econômico-financeiro do contrato, já que interfere no fluxo financeiro da arrecadação de receitas, tal como previsto por ocasião da licitação da exploração do serviço público. 

Notas

¹ Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

I - diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

II - objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;

III - programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos

, identificando possíveis fontes de financiamento;

² Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

(...)

§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;

II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados;

III - as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;

IV - as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

³ “O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos” (Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, 1997, p. 86 – tradução livre).

⁴ “Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.” (trecho da decisão do Ministro Celso de Mello na ADPF 45, 29.4.2004. A decisão foi proferida em caráter doutrinário, já que a ADPF estava já prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto)

www.editorajc.com.br

QUALIDADE. PRATICIDADE. INOVAÇÃO.



Siga-nos:



JC

GONÇALVES COELHO

ADVOCACIA



SÃO PAULO

Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1478/1201 – Jardim Paulistano – (55) 11 3815 9475

www.gcoelho.com.br