

conceito jurídico

ano I | maio de 2017 | nº 05



Roberto Bocaccio Piscitelli

Prisões e sistema penal brasileiro
pág. 6

conceitojuridico.com

Exemplar de assinante. Venda proibida.



 zakarewicz
editora

Os desafios do meio ambiente digital



ENFOQUE

Walber de Moura Agra

É correto criminalizar a
doação legal?



DOCTRINA

**Gerardo Humberto Alves
Silva Junior**

A efetivação da dignidade
da pessoa humana na
perspectiva do direito à saúde



TENDÊNCIAS

Jair José Perin

A anistia ao caixa dois em eleições
à luz da Constituição Federal

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Celso Bubeneck, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Alice Monteiro de Barros, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Damásio E. de Jesus, Décio de Oliveira Santos Júnior, Edson de Arruda Camara, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Francisco Fausto Paula de Medeiros, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Gomes de Barros, Humberto Theodoro Jr., Igor Tenório, Inocêncio Mártires Coelho, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Arte e Diagramação: Augusto Gomes

Revisão: MC Coelho - Produção Editorial

Marketing: Diego Zakarewicz

Comercial: André Luis Marques Viana

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3225-6419

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

publicidade@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO



zakarewicz
editora



O silêncio é sagrado, e é de lei

Estamos vivendo novos tempos de extraordinário protagonismo da Justiça e, em especial, do Poder Judiciário.

A nova crise política que o Brasil atravessa permitiu criar um autêntico ineditismo histórico que projeta a Justiça, particularmente o Poder Judiciário federal, a um novo patamar funcional, outorgando-lhes uma responsabilidade extremamente importante: prover a imprescindível estabilidade institucional ao país, em uma situação muito assemelhada a de um autêntico poder moderador, tal como exercido outrora pelo Exército Brasileiro.

Todavia, exatamente como ocorrera em diversos momentos da história nacional, tal peculiar encargo deve estar necessariamente associado a um atuar sereno e equilibrado, desprovido de paixões e vaidades, assim como daqueles antigos pecados que comprometeram, sobremaneira, a necessária lucidez inerente à atuação isenta e imparcial (e rigorosamente dentro da lei e da ordem constitucional) dos protagonistas do passado.

O atual estágio da democracia brasileira não permite – e muito menos recomenda – que a Justiça brasileira, como bem adverte o ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, venha a cometer “os mesmos erros dos militares em 1964”, através de um “exagerado ativismo” e de uma perigosa tendência de “criminalizar a política” (ou a classe política) como um todo, até porque esta representa, em última análise, o fundamento e o alicerce da própria democracia.

O que se pode (e se deve) fazer, ao reverso, é criminalizar, correta e individualmente, a conduta dos agentes públicos que se apropriam de suas respectivas posições para praticar delitos graves, independentemente de serem integrantes dos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário, ou mesmo do Ministério Público. Por conseguinte, conforme registrado por Toffoli, deve a Justiça se limitar a “resolver a crise de maneira pontual”, evitando, de todas as formas, conduzi-la a um condenável “totalitarismo do Judiciário e do Sistema Judicial”, fenômeno que, na ótica do ministro, dá-se através da eventual e criticável prática de se proferir “sentenças aditivas” (*Judiciário Pode Cometer o Mesmo Erro de Militares em 1964, O Globo*, 16 set. 2016).

De igual forma, merece ser destacado que a autoridade moral do Judiciário (e do Sistema Judicial como um todo) repousa, como bem anota José Murilo de Carvalho (*Por Que Não se Calam?, O Globo*, 20 set. 2016, p. 17), na absoluta ausência “de espetáculos midiáticos por parte de delegados, promotores de justiça e juízes”, sendo por demais conclusivo que, não obstante “o Poder Judiciário tenha se afirmado e ganhado força e credibilidade inéditas em nossa história, tal predicamento, também chamado de *judicialização da política*, só se sustentará se os operadores da Justiça mantiverem a necessária postura profissional, resistindo à tentação dos holofotes e de inaceitáveis incursões na política”, ou seja, “se eles se contiverem, em última análise, nas manifestações rigorosamente dentro dos autos”, como dever inerente a todos aqueles que nela militam, consoante preconizam, inclusive, o art. 36, III, da Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), o art. 43, II, da Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público) e, de certa forma, a partir de uma exegese ampliativa, o art. 2º, § 6º, da Lei nº 12.830/2013 (relativa à investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia), dispositivos legais que impõem aos referidos operadores do Direito a indispensável e absoluta atuação técnico-jurídica, normas que, a toda evidência, abrangem o dever de se abster de qualquer espécie de “holofotofilia”, mantendo, assim, o sagrado silêncio (exteriorizando, desta feita, o princípio da publicidade na sua correta e restrita forma de manifestação nos autos) em benefício último do próprio prestígio da Justiça. 

SUMÁRIO

3

COM A
PALAVRA

O silêncio é sagrado, e é de lei

Reis Friede

8

PAINEL
ECONÔMICO

Repensando a crise

Carlos Luque, Simão Silber e
Roberto Zagha

16

PAINEL DO
LEITOR

Direitos e garantias da advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e do advogado que se torna pai

Gustavo Filipe Barbosa Garcia

23

DESTAQUE

Falácias da terceirização

Ruslan Stuchi

27

CAPA

Veículos autônomos e o comportamento do legislador brasileiro perante a segurança viária

Alan Savedra

34

CONTEXTO

A natureza negocial empresarial da decisão da assembleia geral de credores e a abrangência de sua vinculação

Emerson Soares Mendes

6

ENTREVISTA

Prisões e sistema penal brasileiro

Roberto Bocaccio Piscitelli

11

DIREITO E
BIOÉTICA

A recusa de tratamento médico

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

14

PROPOSTAS E
PROJETOS

A PEC é boa, mas não basta

Abram Szajman

19

COMO DECIDEM
OS TRIBUNAIS

Como saber se o aumento do plano de saúde é excessivo

Ana Paula Souza Cury

24

CAPA

Os desafios do meio ambiente digital

Adriano Sant'Ana Pedra

30

IN VOGA

Perspectivas de desburocratização no Brasil – realidade e esperanças

Ariel Palmeira

36

VISÃO JURÍDICA

Lava Jato: de onde veio e para aonde vamos

Deltan Dallagno e
Orlando Martello

40

DIREITO
EMPRESARIAL

O princípio da simplicidade das formas do Direito Empresarial

Isabel Luiza Rafael M. dos Santos e
Washington Luís B. Barbosa

53

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

Cláusula de eleição de foro estrangeiro no novo CPC

Ricardo Quass Duarte

56

CONJUNTURA

O enfrentamento da sonegação pela disseminação da educação fiscal

Allan Titonelli Nunes

62

TENDÊNCIAS

A anistia ao caixa dois em eleições à luz da Constituição Federal

Jair José Perin

64

PORTAL
JURÍDICO

A importância da ética e dos controles internos nas empresas

André Almeida Rodrigues Martinez

66

ENFOQUE

É correto criminalizar a doação legal?

Walber de Moura Agra

68

DOCTRINA

A efetivação da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito à saúde

Gerardo Humberto Alves
Silva Junior

92

PONTO DE
VISTA

STJ viabiliza pedido genérico para dano moral

Eduardo Lemos Barbosa

ESPAÇO RESERVADO PARA APOIADORES

POR ROBERTO BOCACCIO PISCITELLI



Professor da Universidade de Brasília.

Prisões e sistema penal brasileiro

CONCEITO JURÍDICO – *Como o senhor enxerga a situação dos presídios brasileiros e as reações de quem deveria zelar pela segurança pública no país?*

ROBERTO TOCACCIO PISCITELLI – Normalmente, entre nós, a existência de um problema só é reconhecida quando ocorre uma tragédia ou o país é destaque nas manchetes internacionais. Um clamor generalizado exige pronta e completa solução. Como consequência natural, as soluções encontradas são pífias e transitórias, por serem precipitadas e oportunistas.

A tragédia dos presídios brasileiros é antiga e global. Para boa parte da população, a questão só incomoda quando a prisão está perto de nossa casa, há fuga de presos ou a matança ultrapassa o imaginável. Muitos acham que deveria haver mais presos, prisão perpétua e pena de morte, com condenações irreversíveis. A desastrosa sinceridade do ex-secretário da Juventude – *deveria haver uma matança por semana* – dá uma ideia do pensamento de quem seria responsável (?) pelas políticas das novas gerações. E é também a expressão inequívoca do ódio e intolerância que se espalham pela sociedade. A ânsia de vingança é ilimitada. (Vale, a propósito, ver o filme francoiriano *O Apartamento*).

CONCEITO JURÍDICO – *Seria a solução construir mais presídios ou outras medidas, por exemplo, alterar o processo penal ou mesmo a Lei de Execução Penal?*

ROBERTO TOCACCIO PISCITELLI – Construir mais presídios, criar novas vagas é demorado, caro e, provavelmente, inócuo. O crescimento do número de presos não é alcançável. Com a simples pretensão de instigar o debate, por quem *não é* um especialista (já há muitos), sugiro considerar-se a adoção de algumas iniciativas (de curto prazo), com reduzido impacto financeiro (como um economista) e distensionadoras do clima pavoroso (segundo o presidente) reinante nas nossas masmorras medievais.

É inadiável a revisão da sistemática de prisões temporárias e preventivas que se mantêm por prazos indeterminados, arbitrados por uma autoridade judicial,

sem condenação, a pretexto de se aprofundar (?) investigações ou evitar que sejam prejudicadas. Excluem-se os casos de riscos iminentes à vida, à segurança, à integridade de outras pessoas, ou por crimes ou contravenções praticados de forma continuada. As investigações têm que preceder as restrições à liberdade, que nem se justificam quando todos os tipos de sigilo são quebrados, documentos e equipamentos apreendidos, depoimentos fornecidos. É indispensável fixar prazos também para as decisões recursais. Nem é preciso falar no *habeas corpus*, sob pena de se tornar letra morta.

CONCEITO JURÍDICO – *Em sua opinião, quais seriam as medidas necessárias para que os lamentáveis e vergonhosos episódios envolvendo rebeliões fossem, pelo menos, remediados?*

ROBERTO TOCACCIO PISCITELLI – Causa vergonha a constatação de que mais de 60% dos presos, hoje, no Brasil, não foram julgados e convivem com os demais condenados. É também escandaloso o fato de haver um número incalculável de pessoas que já cumpriram suas penas permanecerem ainda presas. Evidentemente, em sua grande maioria, devem ser pobres e negros. Em outros termos: pior que um bandido solto é um inocente ou alguém prosseguir na prisão após o cumprimento da pena. Liberdade não tem preço.

CONCEITO JURÍDICO – *Não estaria o sistema prisional brasileiro aplicando políticas equivocadas?*

ROBERTO TOCACCIO PISCITELLI – Esta é uma reflexão diz respeito aos regimes de penas. Discordando dos que são contrários à progressão de regimes, penso que, rechaçando-os, estaremos admitindo que o encarceramento é incapaz de reeducar, de recuperar o indivíduo. Seria o fracasso de todas as nossas justificativas com vistas à reinserção à sociedade. Regimes diferenciados, aplicados com seriedade, aceleram esse processo, reduzem consideravelmente os custos do sistema e oferecem as oportunidades hoje não disponíveis de estudo e trabalho.

A aplicação rigorosa de penas alternativas para os casos de menor gravidade e mais fácil reparação blinda o condenado da convivência em tempo integral com outros condenados, assegura a continuidade de seu projeto de vida e estimula a responsabilidade social. Uma estrutura apropriada de acompanhamento e controle, com todos os recursos tecnológicos existentes, é muito mais barata e eficaz que a criação de um Ministério da Segurança Pública.

CONCEITO JURÍDICO – *O senhor entende, então, haver falta de controle nas detenções?*

ROBERTO TOCACCIO PISCITELLI – Para os crimes de natureza propriamente financeira, cometidos por políticos e empresários, bem mais relevante que o encarceramento é a reparação dos prejuízos. Seria muito mais inteligente para o Estado reduzir seus elevados custos (com os imensos aparatos policial e judicial) e dar oportunidade ao condenado, com as naturais vedações ao exercício de determinadas funções, de retomar uma atividade profissional que vinculasse parcela de sua remuneração à recuperação dos recursos apropriados ou desviados do erário. Como já diziam nossas avós, não adianta trocar de camisa sem tomar banho ou tomar banho e vestir a mesma camisa suja. 

Repensando a crise

■ POR CARLOS LUQUE, SIMÃO SILBER e ROBERTO ZAGHA



“A emenda do teto coloca na Constituição o limite de gastos quando, se julgamos essa medida necessária, existem já os instrumentos previstos pela própria Constituição. Se não acreditamos em leis que a Constituição define, como acreditar na própria Constituição?”

Estamos no meio de um colapso econômico: crescimento zero em 2014, menos 3.8% em 2015, e menos 3.3% em 2016. Não há melhoria em vista. O FMI prevê crescimento de 0.5% em 2017 e 2% a partir de 2021. Estas são taxas extraordinariamente baixas para uma economia cuja renda *per capita* é apenas 12% da americana, com muito caminho pela frente para alcançar economias mais avançadas. Estas taxas de crescimento fazem que somente em 2021 o PIB volte a seu nível de 2014. Dado o aumento populacional, o brasileiro recuperará o nível de renda de 2014 em 2026. A dívida pública, 60% do PIB em 2014 e 78% em 2016, vai chegar a 93% do PIB em 2021. Um pesadelo.

O governo e muitos economistas veem no Fisco a causa desta situação. Déficits altos colocam a dívida pública em uma trajetória insustentável. Esta enfraquece a confiança essencial à inversão privada e ao crescimento econômico. A ambição da emenda do teto, aprovada recentemente, é de resolver tanto o problema do crescimento insustentável da dívida pública como o problema da falta de crescimento do PIB.

A realidade é mais sutil. Por várias razões a reforma constitucional não poderá cumprir suas promessas. O mais provável é que ela irá prolongar a falta de crescimento, e piorar a crise. A emenda assume contrações fiscais expansionistas, até mesmo numa recessão. Contrações fiscais reduzem as expectativas de tributação futura, e assim aumentam os retornos esperados no futuro. Isto levaria os empresários a aumentar as inversões no presente. Mas não é realista esperar que empresários com capacidade ociosa estejam dispostos a aumentar esta capacidade ainda mais. Esta intuição fundamental da teoria keynesiana se revelou correta numa variedade de situações e contextos.

Estudos recentes do FMI demonstraram que a teoria de contrações fiscais expansionistas não tem fundamento teórico ou empírico. Por último: estudos recentes (Eichengreen e outros) mostram que os casos nos quais a relação dívida/PIB se reduz através de superávits primários são excepcionalmente raros. A relação dívida/PIB pode ser reduzida muito mais rapidamente pelo crescimento econômico.

A segunda razão é que as iniciativas do governo não reduzem as fraquezas estruturais da economia. Entre 1950-80 o PIB cresceu à taxa excepcional de 7,3% por ano, uma das mais altas do mundo. Desde então, a renda *per capita* da Coreia aumentou 6 vezes a da China 17 Índia 4 Indonésia 3, enquanto a do Brasil aumentou em apenas 44%. Este atraso é o resultado de fraquezas estruturais desenvolvidas desde 1980: investimento baixo, economia “desglobalizada” com importações e exportações caindo em relação ao PIB, e desindustrialização acelerada. A inversão na infraestrutura, 8-10% na China e Índia, chegam a apenas 2% no Brasil. O programa do governo não corrige estas tendências.

Terceiro, o fato de o país ter problemas fiscais não significa que a solução seja fiscal. Num artigo recente no jornal *O Globo*, Edmar Bacha se refere à magnitude dos desequilíbrios fiscais brasileiros. Apesar de preocupantes, um déficit primário

de 2% do PIB, uma dívida pública bruta de 78% do PIB, e uma dívida líquida de 45% do PIB (descontadas as reservas internacionais e os empréstimos dos bancos públicos, e.g. BNDES, ao setor privado) fazem do Brasil um país com desequilíbrios fiscais modestos.

O Tratado de Maastrich, que guia as políticas fiscais europeias, preconiza um déficit não maior do que 3% do PIB e uma dívida pública não maior do que 60% do PIB. A maioria dos países europeus tem dívidas públicas brutas (e líquidas) bem maiores em relação ao PIB: Alemanha: 75 e 50%, França 95 e 87%, Japão 249 e 126%, Estados Unidos: 104 e 80%. O déficit primário de 2% do PIB do Brasil poderia ser facilmente absorvido não fossem os juros sobre a dívida pública de 8% do PIB. Um déficit primário modesto em circunstâncias normais transforma-se num déficit de 10 por cento do PIB. E, com o PIB em declínio, um problema solucionável se transforma em crise.

Finalmente, a emenda do teto acrescenta uma regra às já existentes com a admissão implícita de que as regras existentes não funcionaram. A partir de 1988, a Constituição Federal instituiu três instrumentos centrais de planejamento fiscal: Lei de Diretrizes Orçamentárias, Orçamentos Anuais e Plano Plurianuais, e a Lei de Responsabilidade Fiscal, em 2000. Estes instrumentos de planejamento já eram previstos pela Constituição. A emenda do teto coloca na Constituição o limite de gastos quando, se julgamos essa medida necessária, existem já os instrumentos previstos pela própria Constituição. Se não acreditamos em leis que a Constituição define, como acreditar na própria Constituição?

Ao assumir que a origem dos problemas econômicos do Brasil são exclusivamente fiscais o governo ignorou problemas estruturais graves.

O País precisa muito mais do que contenção fiscal. O País precisa de políticas econômicas que possam restaurar os crescimentos da indústria e das exportações (uma taxa de câmbio real competitiva e estável, controles sobre fluxos de capital especulativos, redução de barreiras tarifárias), que reduzam o déficit enorme de infraestrutura (investimentos públicos em infraestrutura fora das metas fiscais, i.e. a “regra de ouro” de política fiscal adotada na Alemanha no passado), correção dos mecanismos inerciais de inflação (uma regra mais realista para a indexação de salários), e que façam do crescimento o objetivo central da política econômica (incluir o crescimento no mandato do Banco Central, reduzir gradualmente as taxas de juros, introduzir metas fiscais ajustadas ao ciclo econômico, eliminar o crédito subsidiado do BNDES e outros bancos públicos). É um programa complexo. Nada que não possa ser implementado pela equipe econômica atual. Ela deverá estar disposta a repensar a crise de maneira mais ampla, de maneira semelhante ao que foi feito pela equipe que estruturou o Plano Real. 

CARLOS LUQUE é graduado, mestrado e doutorado em Ciências Econômicas pela Universidade de São Paulo, nos respectivos anos de 1971, 1976 e 1982. Atualmente é Professor Titular da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) da Universidade de São Paulo onde ministra aulas de Introdução a Economia, Macroeconomia e Contabilidade Social. Atuou como professor visitante e pesquisador na University of California (UC), Berkeley, nos anos de 1985 e 1986. Foi Secretário Adjunto da Secretaria de Economia e Planejamento do Estado de São Paulo durante o período de 1995/2005. Atualmente é Diretor-Presidente da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas-FIPE. Em seu Currículo Lattes, os termos mais frequentes são: inflação, economia, emprego, panorama macroeconômico e economia brasileira. Atualmente suas principais áreas de interesse são Crescimento Econômico, Política Fiscal e Avaliação de Políticas Públicas.

SIMÃO SILBER é Professor Doutor de Economia na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo – Graduação e Pós-graduação. Doutor em Economia por Yale University – USA - 1983. Diretor de Pesquisas da FIPE – de 1995 até 1999. Diretor Presidente da FIPE – de 1999 até outubro 2003. Membro do Conselho Superior de Estudos Avançados – FIESP – 2007. Membro do Conselho Curador da FIPE – 2003 a atual.

ROBERTO ZAGHA foi professor assistente na FEA-USP durante 1986-80. Durante 1980-2012 exerceu vários cargos no Banco Mundial entre eles secretário da Comissão sobre o Crescimento e Diretor do departamento da Índia.

A recusa de tratamento médico

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

Uma mãe invocou a tutela jurisdicional em desfavor do próprio filho com o objetivo de obrigá-lo a se submeter a sessões de hemodiálise, uma vez que é portador de uma doença que impede o funcionamento normal dos rins. O filho, com 22 anos de idade, que já se negou a realizar o procedimento de transplante em duas oportunidades, entende que a recusa ao tratamento é direito seu.



A justiça de Goiás, após analisar a pretensão, determinou a realização de perícia médica que resultou conclusiva no sentido de que o filho tinha plena capacidade de entendimento, porém com imaturidade afetiva e emocional, o que determinou sua interdição parcial, com a consequente autorização da hemodiálise.¹

Todas as vezes em que um tema com perfil bioético como o relatado bate às portas da Justiça, em razão da inusitada articulação, provoca muitos questionamentos relacionados com a própria complexidade do homem e de sua determinação com relação à vida e à morte.

A cultura do povo brasileiro apresenta dogmas inquebrantáveis a respeito da vida, tendo a própria Constituição Federal conferido a inviolabilidade necessária para a preservação do direito à vida. Assim, diante destas ponderações, é mais adequado entender que a mãe esteja agindo de forma correta e até mesmo providencial, pois pretende conferir a necessária assistência médica ao filho. Porém, já não é mais detentora da legitimidade para pleitear benefícios em favor dele, em razão de sua maioridade e capacidade para a realização dos atos da vida civil. Mas, não se pode negar também que é difícil aceitar uma conduta passiva da mãe diante da recusa do filho em se cuidar, antevendo até graves consequências.

O imbróglio ganha proporção maior quando vem à tona o princípio da autonomia da vontade do paciente, um dos pilares da Bioética, consagrado de forma definitiva no Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009), que confere a total liberdade de manifestação ao paciente diante das opções médicas apresentadas para o enfrentamento de uma determinada doença, cabendo a ele aceitar uma delas ou a todas recusar, de acordo com seus critérios de conveniência.

“A legislação brasileira, que preza a vida como um bem indisponível e merecedor de toda tutela estatal, por sua vez não estimula a prática do suicídio e muito menos permite a realização do suicídio assistido, mas respeita a decisão da pessoa humana diante da recusa de se submeter a um tratamento médico recomendado. Fala mais alto a voz da consciência do paciente do que todo aparato médico colocado à sua disposição.”

O homem, na imensidão dos direitos humanos conquistados, ingressou numa esfera protetiva individualizada, de tal forma que o profissional da área da saúde, que fez o juramento hipocrático, dentre eles o de lutar pela prevalência da vida humana, vê-se obrigado a se curvar diante da manifestação de qualquer direito assegurado ao paciente. O paternalismo, que durante muitos anos imperou na *ars curandi*, passa agora pelo crivo da Justiça e somente poderá levar adiante o propósito profissional se não ferir as camadas protetivas da cidadania.

Estabelece-se, desta forma, um patamar de justiça na colidência existente entre a intervenção médica, que seria a recomendada para a moléstia, e a negativa do

paciente em autorizá-la, de acordo com a sua capacidade de autogoverno. Com a precisão acadêmica que lhe é peculiar, Gracia², enaltecendo o direito do paciente, enfatiza: “Este é quem tem de dizer o que considera bom para si, não o profissional. Não se pode fazer as pessoas felizes à força. Ou melhor, há que deixar que cada um viva de acordo com sua ideia de felicidade”.

Quer dizer, a decisão do paciente é tão importante que supera até mesmo a recomendação médica, baseada no princípio da beneficência, para a realização de um determinado procedimento que possa produzir resultados satisfatórios, como também a súplica familiar para minar a resistência ao tratamento.

No caso examinado, a Justiça agiu com a cautela necessária. De um lado foi confirmado que o paciente reúne todas as condições de discernimento com relação à sua conduta, embora presente, por outro, imaturidades afetiva e emocional, circunstância que, por si só, autorizou a medida pleiteada. É racional para entender a gravidade do caso, mas, ao mesmo tempo, ignora o esforço familiar para reverter seu quadro clínico para que possa obter um resultado satisfatório e equilibrar sua saúde.

Mas não se pode dizer que o filho esteja infringindo qualquer conteúdo legal. Pelo contrário. A Constituição Federal, no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos assevera que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A legislação brasileira, que preza a vida como um bem indisponível e merecedor de toda tutela estatal, por sua vez não estimula a prática do suicídio e muito menos permite a realização do suicídio assistido, mas respeita a decisão da pessoa humana diante da recusa de se submeter a um tratamento médico recomendado. Fala mais alto a voz da consciência do paciente do que todo aparato médico colocado à sua disposição. Na realidade, ele não faz a opção pela morte, mas sim pela não realização de tratamento que considere inconveniente.

É até difícil aceitar esta nova postura sabendo que a recusa ao tratamento poderá acarretar danos maiores à saúde. O divisor agora determinante é justamente a autonomia da vontade do paciente, encartada definitivamente na *dignitas hominis*. O filósofo italiano Ordine³, em seu reconhecido manifesto, fazendo referência a Pico della Mirandola, revelou que a dignidade humana baseava-se no livre arbítrio e proclamou que “quando Deus criou o homem, não podendo atribuir-lhe nada específico, porque tudo já havia sido concedido aos outros seres vivos, decidiu deixá-lo indefinido, para conceder a ele mesmo a liberdade de escolher o seu próprio destino”. 

NOTAS

- 1 <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/estado/2017/02/16/mae-luta-na-justica-para-obrigar-filho-a-fazer-tratamento-que-pode-evitar-morte.htm>
- 2 GRACIA, Diego. *Pensar a bioética: metas e desafios*. Trad. Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010, p. 313.
- 3 ORDINE, Nuccio. *A utilidade do inútil: um manifesto*. Trad. Luiz Carlos Bombassaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 155.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de Justiça aposentado, Mestre em Direito Público, Pós-Doutor em Ciências da Saúde, reitor da Unorp, advogado, membro *ad hoc* da Conep/CNS/MS.

A PEC é boa, mas não basta

■ POR ABRAM SZAJMAN

“A PEC 55 é boa, porém limitada. Requer como complemento uma reforma previdenciária com foco na Previdência pública, pelo impacto que esta tem nos três níveis de governo. Benefícios públicos devem ser revistos, a exemplo das aposentadorias especiais.”

Entre 2011 e 2016, a despesa primária do governo federal apresentou crescimento consecutivo de 16,7% para 19,9% do Produto Interno Bruto (PIB). No mesmo período, a receita líquida caiu de 19% para 17,2% do PIB, o que resultou em saldo negativo recorde de R\$ 170,5 bilhões.



Esse aumento das despesas em período recessivo e de queda da arrecadação tornou o ajuste fiscal inadiável.

Sem dispor de tempo para formular, discutir, aprovar e aplicar uma reforma estrutural completa dos gastos públicos, a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 55 configurou-se como alternativa do Poder Executivo para impor a todos os níveis de governo a tarefa de gerir os respectivos orçamentos de forma eficiente, observando, para isso, um teto de despesas, que não poderão aumentar além do reajuste pela inflação.

A iniciativa representa, ainda, um controle da sociedade sobre o setor público, que há muito devia existir como complemento da Lei de Responsabilidade Fiscal. Naturalmente, há polêmicas envolvendo a proposta, como o prazo de 20 anos e a questão de saber se setores como educação e saúde sofrerão cortes. Do ponto de vista estritamente econômico, porém, há outras dificuldades que podem comprometer sua eficácia.

A primeira e principal delas diz respeito à previdência e assistência, que representam 50% dos gastos do governo federal. Como o valor dos benefícios é reajustado, no mínimo, pela inflação, mas o número de pessoas atendidas cresce anualmente entre 3,5% e 4%, apenas este item, de importância significativa, já estaria fora da regra de correção estabelecida.

Além disso, calcula-se que 40% dos benefícios pagos pelo INSS não são cobertos por contribuições. Apenas o déficit da União e dos estados com inativos atingiu R\$ 137 bilhões em 2015, ou seja, 2,3% do PIB. Se levarmos em conta que a população brasileira está envelhecendo, o que faz aumentar de modo permanente a proporção de aposentados e pensionistas, torna-se inevitável concluir que a eficácia da PEC 55 depende do equacionamento desse problema.

Outras fragilidades orçamentárias devem ser avaliadas, como é o caso dos Poderes autônomos: Judiciário, Tribunais de Contas, Ministério Público e Defensoria. De acordo com a PEC, todos devem respeitar o limite global estabelecido. No entanto, esses Poderes dispõem de autonomias financeira e administrativa previstas na Constituição, o que dificulta o Poder Executivo cobrar deles a manutenção do gasto real, comprometida, também, pelas elevadas aposentadorias do Legislativo e do Judiciário.

Finalmente, temos o drama do endividamento dos estados, agravado em razão da queda das respectivas arrecadações. A situação do Rio de Janeiro é a pior de todas, por causa da redução de receita dos *royalties* do petróleo, mas outros estados também podem vir a apresentar deterioração de suas contas. Esta difícil situação revela-se uma ameaça à PEC, na medida em que o nosso sistema federativo centraliza na União a responsabilidade por administrar esse enorme déficit.

Em resumo, a PEC 55 é boa, porém limitada. Requer como complemento uma reforma previdenciária com foco na Previdência pública, pelo impacto que esta tem nos três níveis de governo. Benefícios públicos devem ser revistos, a exemplo das aposentadorias especiais. A falha mais evidente da PEC, entretanto, é passar ao largo dos gastos garantidos pela Constituição, o que deixa um percentual reduzido para o governo gerenciar. Por isso, cedo ou tarde, outras PECs terão de vir. 



Direitos e garantias da advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e do advogado que se torna pai

■ POR GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA

A Lei nº 13.363, de 25 de novembro de 2016, com início de vigência na data de sua publicação (art. 4º), ocorrida no DOU de 28.11.2016, alterou a Lei nº 8.906/1994 e a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), para estipular direitos e garantias para a advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz e para o advogado que se tornar pai (art. 1º).

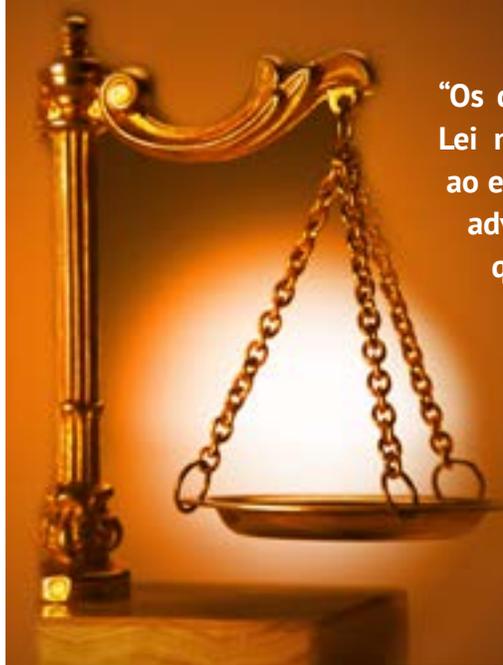
Com isso, o Estatuto da Advocacia passou a prever que são direitos da advogada (art. 7º-A da Lei nº 8.906/1994, acrescentado pela Lei nº 13.363/2016), os quais passaremos a comentar inciso por inciso.

I – gestante: a) entrada em tribunais sem ser submetida a detectores de metais e aparelhos de raios X; b) reserva de vaga em garagens dos fóruns dos tribunais;

É relevante salientar, entretanto, que medidas como a submissão a detectores de metais destinam-se a preservar a segurança coletiva, no caso, em fóruns e tribunais. O mais adequado, assim, seria a aplicação dos avanços tecnológicos a respeito, autorizando somente a utilização de equipamentos que não acarretassem riscos à pessoa, notadamente quanto à saúde da gestante e do nascituro.

II – lactante, adotante ou que der à luz: acesso a creche, onde houver, ou a local adequado ao atendimento das necessidades do bebê;

Quanto a esse aspecto, como a redação é abrangente, o dispositivo não especifica os destinatários do dever estabelecido, pois não restringe a sua incidência apenas aos fóruns dos tribunais, diversamente do inciso I, anteriormente indicado.



“Os direitos e garantias estabelecidos pela Lei nº 13.363/2016, por serem relativos ao exercício profissional, são assegurados à advogada (gestante, lactante, adotante ou que der à luz) e ao advogado (que se torna pai) em sentido amplo, e não apenas à advogada e ao advogado que sejam empregados. Cabe, assim, acompanhar a efetiva aplicação das novas medidas estabelecidas pela Lei nº 13.363/2016, bem como o necessário aperfeiçoamento legislativo das suas previsões.”

Desse modo, a repartição que receber advogadas nas referidas condições (lactantes, adotantes ou que derem à luz) deve permitir o acesso a creches ou a local adequado ao atendimento das necessidades do bebê, tomando providências nesse sentido, o que nem sempre pode ser tão simples, ainda mais porque a Lei nº 13.363/2016 não prevê *vacatio legis*, por ter vigência imediata (art. 4º).

III – gestante, lactante, adotante ou que der à luz: preferência na ordem das sustentações orais e das audiências a serem realizadas a cada dia, mediante comprovação de sua condição;

O dispositivo não exige que essa preferência seja requerida com antecedência pela advogada gestante, lactante, adotante ou que der à luz, o que, apesar de positivo por facilitar o exercício desse direito, pode gerar certa dificuldade na gestão, principalmente das pautas de audiências.

IV – adotante ou que der à luz: suspensão de prazos processuais quando for a única patrona da causa, desde que haja notificação por escrito ao cliente.

Os direitos previstos à advogada gestante ou lactante aplicam-se enquanto perdurar, respectivamente, o estado gravídico ou o período de amamentação.

Os direitos assegurados nos incisos II e III do art. 7º-A da Lei nº 8.906/1994 à advogada adotante ou que der à luz são concedidos pelo prazo previsto no art. 392 da CLT, ou seja, de 120 dias.

Não se vislumbra pertinência lógica a respeito desse reduzido prazo de 120 dias, uma vez que os direitos em questão (acesso a creche, onde houver, ou a local que seja adequado ao atendimento das necessidades do bebê, bem como preferência na ordem das sustentações orais e das audiências a serem realizadas a cada dia) não apresentam qualquer ligação com o direito à licença-maternidade, o qual tem natureza trabalhista¹.

A rigor, durante a licença-maternidade não há prestação de serviço, ficando o contrato de trabalho interrompido, embora haja o recebimento do salário-maternidade, de natureza previdenciária², situação que, naturalmente, também deve ser observada em se tratando de advogada empregada.

Ademais, em verdade, o art. 7º, inciso XXV, da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 53/2006, prevê como direito dos

trabalhadores urbanos e rurais a “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas”.

O direito assegurado no inciso IV art. 7º-A da Lei nº 8.906/1994 à advogada adotante ou que der à luz é concedido pelo prazo previsto no § 6º do art. 313 do CPC, isto é, de 30 dias, contado a partir da data do parto ou da concessão da adoção, mediante apresentação de certidão de nascimento ou documento similar que comprove a realização do parto, ou de termo judicial que tenha concedido a adoção, desde que haja notificação ao cliente.

A guarda judicial para fins de adoção, entretanto, não foi prevista pela Lei nº 13.363/2016, o que pode merecer críticas e dar margem a divergências quanto à possibilidade de interpretação extensiva das referidas disposições.

Ainda em razão da Lei nº 13.363/2016, o art. 313 do CPC passou a dispor que: “o processo se suspende: IX – pelo parto ou pela concessão de adoção, quando a advogada responsável pelo processo constituir a única patrona da causa; X – quando o advogado responsável pelo processo constituir o único patrono da causa e tornar-se pai”.

No caso do inciso IX do art. 313 do CPC, o período de suspensão é de 30 dias, contado a partir da data do parto ou da concessão da adoção, mediante apresentação de certidão de nascimento ou documento similar que comprove a realização do parto, ou de termo judicial que tenha concedido a adoção, desde que haja notificação ao cliente.

Na hipótese do inciso X do art. 313 do CPC, o período de suspensão é de oito dias, nos mesmos critérios do inciso anterior.

Como se pode notar, o prazo de suspensão do processo é diferenciado conforme se trate de advogada (que se torne mãe) ou de advogado (que se torna pai).

Não obstante, pode-se dizer que o mais adequado seria a uniformização do referido prazo, especialmente em se tratando de adoção, como inclusive já se prevê quanto ao salário-maternidade e à licença-maternidade em casos de adoção ou guarda judicial para fins de adoção de criança, que também se aplicam ao empregado (art. 392-C da CLT, acrescentado pela Lei nº 12.873/2013) e ao segurado (art. 71-A da Lei nº 8.213/1991, com redação dada pela Lei nº 12.873/2013).

De todo modo, frise-se que os direitos e garantias estabelecidos pela Lei nº 13.363/2016, por serem relativos ao exercício profissional, são assegurados à advogada (gestante, lactante, adotante ou que der à luz) e ao advogado (que se torna pai) em sentido amplo, e não apenas à advogada e ao advogado que sejam empregados.

Cabe, assim, acompanhar a efetiva aplicação das novas medidas estabelecidas pela Lei nº 13.363/2016, bem como o necessário aperfeiçoamento legislativo das suas previsões. 

NOTAS

- 1 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 640.
- 2 Cf. GARCIA, *Op.cit.*, 2016. p. 467.



ARQUIVO PESSOAL

GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA é Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito pela *Universidad de Sevilla*. Pós-Doutorado em Direito pela *Universidad de Sevilla*. Professor universitário em cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. Membro pesquisador do IBDSCJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, titular da Cadeira nº 27. Advogado e consultor jurídico. Foi juiz do Trabalho das 2ª, 8ª e 24ª Regiões, ex-procurador do Trabalho do Ministério Público da União e ex-auditor fiscal do Trabalho.

Como saber se o aumento do plano de saúde é excessivo

■ POR ANA PAULA SOUZA CURY



De acordo com o relator, o ministro Villas Bôas Cuevas, o aumento dos preços por mudança de faixa etária decorre da ideia de que quanto mais idosa a pessoa, mais necessários e frequentes se tornam os cuidados com a saúde e, assim, a justificativa dos reajustes assenta-se nos princípios do mutualismo e da solidariedade intergeracional.

Realmente, o princípio do mutualismo permite que muitas pessoas contribuam com valores em dinheiro para a formação de um fundo, de onde sairão os recursos para custear todos os diversos procedimentos previstos no contrato para os segurados que necessitem de assistência médico-hospitalar.

Também graças ao mutualismo os planos e seguros de saúde podem custear os procedimentos médicos, hospitalares e odontológicos dos segurados que necessitam, já que muitos beneficiários contribuem para um fundo coletivo, com valores que são calculados a partir de estudos do risco, das estatísticas de ocorrência deste e da identificação da probabilidade com que ocorre, o chamado cálculo atuarial.

Ou seja, a premissa do mutualismo é a de que muitos pagam e alguns utilizam quando necessário. Cada membro do plano ou seguro contribuirá em valores proporcionais ao risco que representar.

Assim, dada a natureza da saúde humana, a fixação do preço a ser pago por cada indivíduo se dará em valores que dependem diretamente da faixa etária de cada um e, por serem grupos de riscos diferenciados, a legislação que normatiza os planos de saúde permite tal forma de organização das contribuições dos associados.

Nesse sentido, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) estipulava que os reajustes por mudança de faixa etária seriam autorizados em sete faixas etárias, sendo elas: zero a 17 anos; 18 a 29 anos; 30 a 39 anos; 40 a 49 anos; 50 a 59 anos; 60 a 69 anos; e 70 anos de idade.

Contudo, com o advento do “Estatuto do Idoso” proibiu-se a discriminação do idoso nos planos de saúde pela variação de valores em razão da mudança de faixa etária.

Desta forma, para adaptar a lei de regulação de planos e seguradoras de saúde ao Estatuto do Idoso, a ANS definiu dez novas faixas etárias, através da Resolução Normativa nº 63/2003, sendo a última faixa etária aos 59 anos. Assim, ficaram os planos de saúde organizados em 10 faixas etárias, através do pacto intergeracional, assim distribuídas: 0 a 18 anos; 19 a 23 anos; 24 a 28 anos; 29 a 33 anos; 34 a 38 anos; 39 a 43 anos; 44 a 48 anos; 49 a 53 anos; e 59 anos para cima.

Portanto, até que se chegue à idade limite de 59 anos é necessário que os reajustes por faixa etária sejam feitos para que se possa garantir o equilíbrio entre os que usam menos e os que usam mais o plano de saúde, já que todos são parte da mutualidade. É isso que significa o pacto intergeracional: os mais jovens, sujeitos a menor incidência de riscos na saúde, custearão parte da maior utilização feita pelos idosos.

Nesse sentido, em julgamento recente o STJ afirmou que os custos das operadoras com segurados idosos são até sete vezes maiores do que com os demais segurados, o que dá azo à adequação feita para equilibrar as prestações de acordo com a faixa etária.

Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, explicou o ministro Relator, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o princípio da solidariedade intergeracional, em que os mais jovens suportam parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados.



Uma novidade surpreendeu os beneficiários de planos e seguros de saúde de todo o país no tocante ao reajuste de mensalidade por idade. Isso porque, no dia 1º de março de 2017, o Superior Tribunal de Justiça decidiu, em julgamento de recurso repetitivo, pela legitimidade do reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar por mudança de faixa etária do segurado.

No entanto, para haver legitimidade dos reajustes por mudança de faixa etária, estes estão condicionados, segundo a decisão, ao preenchimento dos seguintes requisitos: (i) existência de previsão legal; (ii) observância das normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores; e (iii) que os percentuais deverão ser razoáveis.

Assim, o STJ proibiu a aplicação de percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

Contudo, a crítica ao recente julgado repousa no fato de este não ter determinado que os planos e seguradoras de saúde observem o princípio da informação e da transparência disposto no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, informando ao segurado a base atuarial e o cálculo utilizado para o reajuste. A complexidade da fórmula do cálculo, com fatores unilaterais e indisponíveis, mesmo

quando requisitados pelo usuário, não permite ao consumidor ter clareza de quanto será seu reajuste, posto que, sobretudo, apenas à seguradora é dado conhecer os detalhes técnicos e os preços praticados.

Com relação ao último requisito, que parece carente de objetividade para se determinar o que seria um valor razoável de percentual de reajuste, o consumidor deve estar atento à Resolução Normativa nº 63/2003, a qual fixou regras para os reajustes por mudança de faixa etária, por exemplo: o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária, bem como a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

Em busca dessa maior objetividade, tem-se que o desembargador Paulo Alcides, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento da Apelação nº 1009017-88.2015.8.26.0011, apresentou uma fórmula para que o consumidor possa encontrar o valor correto do reajuste:

- (i) soma-se o percentual aplicado entre a primeira e a sétima faixas;
- (ii) soma-se o percentual aplicado entre a sétima e a décima faixas;
- (iii) subtrai-se do resultado obtido no item (ii) o valor obtido no item;
- (i) para encontrar-se o valor cobrado a maior; e

(iv) por fim, alcança-se o percentual correto para o reajuste, subtraindo o valor percentual cobrado a maior do percentual da última faixa prevista no contrato.

Na maioria dos contratos, as operadoras e seguradoras de planos de saúde efetuam os cálculos em percentuais que, a princípio, parecem não infringir a Resolução Normativa nº 63/2003. Contudo, em determinados casos, aplicando-se as regras para valores reais, verifica-se a infringência destas, pois os valores ficam muito maiores do que seis vezes os valores da primeira faixa, razão pela qual o consumidor deve estar atento.

A aplicação de reajustes tão elevados gera o que se chama de onerosidade excessiva ao consumidor, de forma que ele passa a não ter mais condições de adimplir com as respectivas mensalidades.

Para defender o elo mais frágil dessa relação, o Código de Defesa do Consumidor permite a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais e que causem a onerosidade excessiva ao consumidor. Ademais, o artigo 51 da Legislação Consumerista estabelece um rol exemplificativo de cláusulas que podem ser consideradas nulas de pleno direito, como nos casos em que a vantagem for exagerada, estabelecendo obrigações iníquas e abusivas, gerando desvantagem aos consumidores e sendo, em regra, incompatíveis com a boa-fé contratual.

Frente à existência de tais regras, se autoriza a modificação de cláusulas abusivas ou até mesmo a revisão contratual pelo Poder Judiciário, uma vez que se trata de contrato de adesão em que os consumidores não participam da elaboração das cláusulas, de maneira que o consumidor poderá discutir judicialmente o reajuste perpetrado em sua mensalidade. Cabe destacar que os tribunais brasileiros vêm entendendo pela revisão de tais percentuais, muitas vezes reduzindo os reajustes para percentuais mais razoáveis e, em alguns momentos, até anulando-os por completo. 



ANA PAULA SOUZA CURY é Advogada especializada em direito da saúde do escritório Souza Cury Advogados.

Ruslan Stuchi

Falácias da terceirização

O presidente da República sancionou a Lei nº 13.429/2017, que autoriza a terceirização do trabalho de forma irrestrita. Agora, as empresas poderão terceirizar todas as etapas de suas atividades, inclusive as chamadas atividades-fim. A norma também permite o aumento do período do trabalho temporário, o qual antes de, no máximo, 90 dias, foi ampliado para 180 dias.

Aprovada em caráter de urgência, a Lei nº 13.429/2017 deve ser considerada totalmente equivocada, tendo em vista a retirada dos direitos trabalhistas de forma direta dos empregados. A terceirização irrestrita certamente provocará a redução dos salários, uma vez que a tomadora de serviços poderá contratar empresas que possam ter em seu quadro empregados com piso salarial mais baixo, diminuindo, assim, os rendimentos dos trabalhadores.

Com relação ao tempo de prorrogação do período de experiência, também não deve ser visto com bons olhos. Com a ampliação, os empregadores poderão tomar medidas de não renovação do contrato dos trabalhadores temporários, aproveitando por seis meses de sua mão de obra para, ao final do prazo, dispensá-lo sem ter que pagar direitos como o aviso prévio e a multa sobre o FGTS.

Outro ponto equivocada dessa legislação foi não responsabilizar a tomadora de serviço em caso de violação por parte dos direitos trabalhistas do empregado, ou seja, aumentará as fraudes trabalhistas e o empregado, em muitos casos, não terá a garantia dos seus direitos. Como exemplo, pode-se citar que inúmeras empresas prestadoras de serviço não dispõem de capital para executar uma possível indenização de ação trabalhista. Atualmente, caso a empresa não pague tais direitos, a tomadora do serviço passa a ser responsável de forma subsidiária pela quitação. Erroneamente, Lei nº 13.429/2017 tira a responsabilidade da empresa tomadora sobre eventuais dívidas trabalhistas.

Na prática, sem dúvidas, haverá a criação de empresas de “fachada”, sem qualquer patrimônio para saldar dívidas, as quais irão explorar os trabalhadores, violando seus direitos, o que significa um enorme retrocesso social.

Como justificativa para aprovar a lei que regulariza a terceirização irrestrita, o governo menciona que é necessária para se alcançar investimentos e desenvolvimento da economia nacional, sendo uma das alternativas para tirar o país da crise. Trata-se de uma grande falácia.

A nova lei está em consonância com a precarização da relação do trabalho, indo de encontro com a proteção do trabalhador. Sem dúvidas, trata-se de uma opção feita pelo governo para que o empregado pague pela corrupção que assola este país e que gerou as atuais e profundas crises econômica e social. 

Os desafios do meio ambiente digital

■ POR ADRIANO SANT'ANA PEDRA

“As inovações tecnológicas têm proporcionado rearranjos nas relações entre as pessoas e o ordenamento jurídico tem procurado responder às necessidades da sociedade para preservar um meio ambiente digital sadio e equilibrado. Esse novo cenário exige uma nova leitura dos direitos para serem aplicados em novos contextos e um grande desafio que se tem é conseguir uma evolução nas normas que atenda com rapidez às complexas demandas da sociedade da informação.”

As evoluções tecnológica e cultural nas quais vivemos têm impulsionado novas formas de organização e participação em rede. Na sociedade da informação, os dados têm sido produzidos, captados e transmitidos com extrema rapidez. A arquitetura sobre a qual a internet foi criada, ou seja, uma rede distribuída sem hierarquias e expansível a partir de seus pontos contribui para que os seus usuários se sintam com bastante liberdade para interagirem.

Em tempos de sociedade da informação, quem consome a informação também é capaz de produzi-la, difundi-la, recomendá-la e classificá-la. As novas tecnologias têm aproximado as distâncias e removido os obstáculos outrora existentes, como a exclusividade da grande difusão de mensagens da mídia tradicional. Nessa abundância de informações disponíveis, a sociedade tem adotado novos comportamentos na medida em que se apropria do meio tecnológico e muda o modo como se comunica.

As inovações tecnológicas permitem realizar anseios e criam novas situações, inimagináveis no passado, que precisam ser reguladas pelo Direito. A rede passou a integrar definitivamente o ambiente em que vivemos e é muito difícil separar o mundo “virtual” do mundo “real”. Nesse sentido, a formulação jurídica de um “meio ambiente digital” é apropriada para a reflexão dos aspectos jurídicos das relações estabelecidas via internet bem como a formatação da arquitetura de uma rede livre e viabilizadora dos potenciais criativos humanos.

Da mesma forma que o sistema jurídico regula as condutas humanas, ao estabelecer consequências jurídicas em caso de descumprimento de normas tidas como obrigatórias, a arquitetura impede que ocorram comportamentos contrários àquele desejado quando se criam induções ou barreiras intransponíveis para os objetos sujeitos à sua regulação. A arquitetura como forma de regulação aplicada ao meio ambiente digital constitui o código que dá forma aos aplicativos e serviços eletrônicos utilizados na rede, e, assim, incentiva ou desencoraja determinadas condutas. E, da mesma forma que ocorre com a elaboração de uma lei, a elaboração do código das aplicações é um procedimento de criação que traz consigo as preconcepções e ideologias de seus autores (COLNAGO; PEDRA, 2014).

Dentro de um quadro de exercício de liberdade com responsabilidade, é possível identificar no ordenamento jurídico brasileiro algumas obrigações que devem ser cumpridas a fim de promover um meio ambiente digital sadio e equilibrado. Uma dessas questões diz respeito ao direito de resposta, que, em acréscimo à liberdade de expressão, contribui para o esclarecimento da verdade. Para as mídias tradicionais, a legislação vigente leva em consideração elementos que buscam conferir à resposta um impacto similar à mensagem original de caráter ofensivo, como a página, o tamanho dos caracteres e os elementos de realce. Porém, no meio ambiente digital, outros fatores terão maior relevo, por exemplo, o número de visualizações. Daí a necessidade de modificação no algoritmo das aplicações para que, se não compelir, ao menos favoreça o acesso à resposta quando do conhecimento do conteúdo ofensivo, mediante a recomendação ao usuário para que acesse o conteúdo de resposta (COLNAGO; PEDRA, 2016).

Além disso, na grande rede as pessoas expandem sua visibilidade e seus dados, e suas relações intersubjetivas podem ser registradas em uma memória digital com alcance em todo o mundo. Vale lembrar aqui um episódio que ocorreu com o cônsul do Panamá na região espanhola das Canárias no ano de 2011. Foram divulgadas na rede fotos em que ele se encontrava vestido de mulher no carnaval, provocando uma grande polêmica em seu país, o que culminou no afastamento do cônsul.

Essa “memória perfeita” armazena e recupera informações de forma permanente, ao contrário da curva do esquecimento que é própria da falível capacidade humana de reter fatos e experiências do passado. Os papéis não mais ficam amarelados ou deteriorados pelo tempo nem as palavras são levadas pelo vento. Na sociedade da informação criou-se o maior repositório de informações da história da humanidade, com acessibilidade quase instantânea.

Mas essa “memória perfeita”, embora aparentemente positiva, também apresenta um lado negativo, pois eterniza fatos e informações que podem acarretar prejuízos aos indivíduos, especialmente se colocados fora de contexto. A liberdade de expressão e o direito à informação precisam ser harmonizados com o direito ao esquecimento, sem que haja qualquer tipo de censura. Não se trata de apagar elementos da História ou esconder atrocidades de regimes autoritários. Na tutela

de dados pessoais, a formatação do código de programação de aplicações deve considerar a proteção da verdade, a proteção da privacidade, o interesse público, um limite temporal razoável, a proteção a dados sensíveis e uma maior proteção ao conteúdo gerado pelo próprio usuário (COLNAGO; PEDRA, 2015).

Esse tema foi objeto de análise do Tribunal de Justiça da União Europeia, quando julgou, em 2014, o processo C-131/12, que teve como partes o sr. Mario Costeja González, a Agência Espanhola de Proteção de Dados e o Google Espanha. O sr. Mario Costeja González pretendia excluir do site de busca a informação de que o seu imóvel havia sido levado a leilão para pagamento de dívidas com a Previdência Social da Espanha no fim dos anos 1990. O bem nem sequer havia sido vendido, porque o débito tinha sido quitado, mas a informação permanecia acessível na rede. Em sua decisão, o Tribunal considerou que “a organização e a agregação das informações publicadas na internet, efetuadas pelos motores de busca com o objetivo de facilitar aos seus utilizadores o acesso às mesmas, podem conduzir, quando a pesquisa desses utilizadores é feita a partir do nome de uma pessoa singular, a que estes obtenham, com a lista de resultados, uma visão global mais estruturada das informações sobre essa pessoa”. Daí a razão para desindexar, ou seja, para retirar, da lista de resultados do motor de busca, os “links” para as páginas que contenham essa informação, exceto se houver razões que justifiquem a preponderância do interesse público no acesso a tais informações.

Essas e outras tantas questões ganham relevo com as dificuldades e incertezas trazidas pelos novos tempos. As inovações tecnológicas têm proporcionado rearranjos nas relações entre as pessoas e o ordenamento jurídico tem procurado responder às necessidades da sociedade para preservar um meio ambiente digital sadio e equilibrado. Esse novo cenário exige uma nova leitura dos direitos para serem aplicados em novos contextos e um grande desafio que se tem é conseguir uma evolução nas normas que atenda com rapidez às complexas demandas da sociedade da informação. 

REFERÊNCIAS

- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Los deberes de los proveedores de servicios de internet en el medio ambiente digital: el caso del derecho de réplica en el Brasil. *Estudios Constitucionales*, Santiago, a. 14, n. 2, p. 347-364, jul./dez. 2016.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Meio ambiente digital, arquitetura e direito de resposta: os deveres dos prestadores de serviços de internet. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; STURMA, Pavel; MOZETIC, Vinicius Almada; FAIX, Martin (Org.). *Mecanismos internacionais e internos de efetividade dos direitos fundamentais*. Joaçaba, SC: UNOESC, 2014, p. 397-419.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos; PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Tutela de dados pessoais no Brasil e dever de desindexação na Internet: potencialidades do habeas data para uma proteção adequada no meio ambiente digital*. II Congresso Mundial de Justiça Constitucional. Buenos Aires, 2015.



ARQUIVO PESSOAL

ADRIANO SANT’ANA PEDRA é Doutor em Direito Constitucional (PUC/SP); Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV); Mestre em Física Quântica (UFES); Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos (Università degli Studi di Pisa); Especialista em Economia e Direito do Consumo (Universidad de Castilla-La Mancha); Pós-doutorado realizado no Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; professor do curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV); professor do Programa de Pós-Graduação em Gestão Pública – Mestrado Profissional – da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); membro da Associação Internacional de Direito Constitucional; membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional; procurador federal.

Veículos autônomos e o comportamento do legislador brasileiro perante a segurança viária

■ POR ALAN SAVEDRA

Com o advento de novas tecnologias surgem novos direitos e novas obrigações, contudo, surgem também muitas dúvidas e suposições quanto ao comportamento do legislador acerca do novo fato social. Por vezes, legisladores e juristas chegam a um consenso. Ocasionalmente, a dissonância de visões deixa os profissionais do Direito carentes de uma legislação específica. A exemplo dos crimes virtuais, da criptografia dos aplicativos multiplataforma de mensagens instantâneas e da propriedade material muito alvoroço é estabelecido no meio jurídico. Porém, o que devemos esperar quanto aos carros autônomos e a segurança viária?

Os carros autônomos são veículos operados de forma remota, ou até mesmo programados, o que seria uma espécie de piloto automático, os quais surgem não

“Cabe aos legisladores inclinarem-se na direção das políticas de segurança viária espalhadas em todo o mundo, nos parâmetros das últimas alterações do CTB e das resoluções do Contran, de forma a zelar pela segurança viária através de leis rígidas de habilitação de condutores de carros autônomos, sinalizações específicas para tais veículos, bem como de exigências de equipamentos de segurança, como sensores. Não será a primeira vez que a tecnologia substituirá o ser humano.”

só como uma nova tecnologia, mas também como uma promessa de segurança no trânsito, já que, supostamente, estarão livres do erro humano.

Os carros autônomos não garantem a inócuência de acidentes de tráfegos, ao menos por enquanto, inclusive já há vítimas fatais em acidentes envolvendo tais veículos. Conforme noticiado pela Agenzia Nazionale Stampa Associata (ANSA), o americano Joshua Brown, no dia 07/05/2016, em Willinston, estado da Flórida (EUA), faleceu após uma colisão entre seu veículo da marca Tesla Motors e um caminhão. Segundo a companhia, os carros autônomos permanecem sendo mais seguros, afirmando ainda que o acidente fatal foi apenas um em mais de 209 milhões de quilômetros em que o piloto-automático foi ativado ao redor do planeta. No mundo, a quantidade de mortes com carros normais da marca é de 1 em 96,5 milhões de quilômetros rodados. Ou seja, os carros sem motoristas ainda são tecnicamente mais seguros que os tradicionais.

Atualmente, vivenciamos tempos de comoção e prevenção em relação a segurança de trânsito, o que vem sendo feito através de políticas sociais, como a Década Mundial da Segurança Viária (2010-2020) proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU), que tem por objetivo a redução de mortes no trânsito. Há ainda legislação pertinente de trânsito, como as alterações do Código de Tráfego Brasileiro (CTB) trazidas pela Lei nº 13.281, de 04 de maio de 2016.

Segundo o relatório publicado em 19/10/2015 pela Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é o país com maior número de mortes de trânsito por habitante da América do Sul, tendo registrado 23,4 mortes por 100 mil habitantes. De acordo com a OMS, os países com maior sucesso na redução de mortes na estrada desenvolveram em sua legislação a aplicação das leis, melhorando a segurança das estradas e dos carros. Diante deste cenário, em que a segurança e a busca pela redução de mortes de trânsito são tratadas como prioridades pela ONU e pela OMS, a conclusão é lógica: as leis que regulamentarão a atividade dos carros autônomos e a responsabilidade de seus motoristas serão pautadas nestas premissas.

Prevê a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 22, XI, que caberá privativamente a União legislar sobre trânsito e transporte. Assim, podemos

excluir os estados, municípios e o Distrito Federal no tocante a sua forma de legislar. Apesar de nossas copiosas casas legislativas, presentemente 513 deputados federais na Câmara dos Deputados e 81 senadores no Senado Federal, fora seus suplentes, é possível prever parâmetros quando interpretadas tais casas como um todo.

Nossa principal lei federal regulamentadora do trânsito é o próprio Código Brasileiro de Trânsito (Lei nº 9.503/1973), que prevê, inclusive, cinco formas de habilitação de condutores, isto é, categorias de “A” a “E”, todas exigindo exaustivo processo de habilitação, como aulas teóricas, práticas, suas respectivas provas e ainda exames físicos. Eis aqui a primeira questão a ser suscitada: quem será habilitado para conduzir veículos autônomos?

A conclusão parece clara, os condutores de veículos autônomos receberão categoria própria, específica, ou ainda necessitarão cumprir novas exigências legais de formação de condutores. Outra hipótese diante da complexidade do caso seria, além das habilitações previstas no CTB, o condutor de veículos autônomos qualificar-se em um procedimento extraordinário de permissão para sua condução ou de controle remoto.

Uma questão que também deve ser ventilada no tocante à segurança viária é a sinalização dos veículos autônomos, isto é, novamente o Código de Trânsito Brasileiro e as portarias do Conselho Nacional de Trânsito (CETTRAN) preverem sinalização específica para certos tipos de veículos, a exemplo de ambulâncias, viaturas policiais, veículos escolares e de portadores de necessidades especiais, inclusive, veículos usados por autoescolas.

Agentes autuadores de trânsito e os próprios condutores necessitam distinguir no trânsito os veículos em circulação. Assim, mais uma vez o deslinde é lógico, diante das políticas públicas e legislação brasileira de trânsito os carros autônomos necessitarão de sinalizações específicas, aptas a identificá-los e diferenciá-los dos demais veículos em nossas vias terrestres.

Outro ponto de suma importância para a segurança viária diz respeito às especificações de segurança dos veículos. Tanto o CTB como as resoluções do Contran estabelecem, além de artefatos de segurança como triângulos de sinalização e extintores de incêndio, as especificações que um veículo deve obedecer para ser comercializado e circular no Brasil. Logo, deverão os órgãos de regulamentação de trânsito editar portarias sobre as exigências para circulação de um veículo autônomo, tais como, sensores aptos a evitar colisões.

Cabe aos legisladores inclinarem-se na direção das políticas de segurança viária espalhadas em todo o mundo, nos parâmetros das últimas alterações do CTB e das resoluções do Contran, de forma a zelar pela segurança viária através de leis rígidas de habilitação de condutores de carros autônomos, sinalizações específicas para tais veículos, bem como de exigências de equipamentos de segurança, como sensores. Não será a primeira vez que a tecnologia substituirá o ser humano. Assim, devidamente regulamentada a circulação de veículos autônomos, espera-se que a nova tecnologia seja uma importante ferramenta de redução de acidentes e mortes no trânsito. 





Perspectivas de desburocratização no Brasil – realidade e esperanças

■ POR ARIEL PALMEIRA

O sistema que demanda mais tempo para o cumprimento de obrigações tributárias em todo o mundo. Tal afirmação não é recebida com surpresa por qualquer pessoa que já tenha tido contato com a burocracia brasileira – o mero desgaste físico e psicológico de alguém que tenha tentado manter suas obrigações com o fisco brasileiro em dia já é suficiente para convencer qualquer um de que este é, incontestavelmente, o sistema mais complexo do globo. Tudo isso sem mencionar o efetivo custo financeiro para tal cumprimento.

A real surpresa vem da comparação entre Brasil e outros países. De acordo com dados do Banco Mundial relativos a 2016, uma empresa gasta, em média, 2038 horas por ano com o cumprimento de suas obrigações tributárias no Brasil. Na Bolívia, que ocupa o segundo lugar no ranking, o valor cai praticamente pela metade – 1025 horas. A situação fica ainda mais alarmante ao considerar a média mundial de 251 horas, aproximadamente 12% do tempo gasto aqui.

Tamanha discrepância tem parte de sua origem no próprio “DNA jurídico” brasileiro. Mesmo com todos seus méritos, a Constituição da República prevê um sistema tributário com grande propensão à burocracia. A divisão de competências entre União, estados e municípios já dá margem para a criação de diversos microssistemas, cada um com suas particularidades. Alie-se isto a uma legislação infraconstitucional com infinitos pontos controversos e está criado o pandemônio.

Neste cenário, recebe-se notícias relacionadas à desburocratização com considerável esperança. A menção do Ministério da Fazenda ao desenvolvimento de um programa da Receita Federal para facilitar o cumprimento de obrigações tributárias é um exemplo disso. A expectativa é de que a média de 2038 horas seja reduzida para aproximadamente 600 – mais que o dobro da média global, mas ainda assim um ‘paraíso’ comparado com a situação atual.

“Uma simples inclusão em um sistema integrado seria o suficiente para o cálculo e fiscalização de todos os tributos e obrigações envolvidas. Isso não apenas possibilitaria o cumprimento dos deveres no ambiente doméstico, como facilitaria a inserção do Brasil em um contexto global de troca de informações.”

Certamente, deve-se ter uma abordagem realista sobre o tema – um mero sistema informatizado não acabará com os problemas tributários da nação. A necessidade de uma reforma tributária estrutural é tema extremamente antigo, amplamente reconhecido, porém difícil de ser concretizado. Assim, toda e qualquer facilidade apresentada pelas autoridades administrativas é muito bem-vinda.

De fato, novos sistemas nem sempre são sinônimo de facilidade. Tomem-se como exemplo os antigos *software* de preenchimento de declarações, os quais eram, muitas vezes, causadores de retrabalho. Entretanto, não se pode fechar os olhos ao avanço tecnológico e ao fato de que já chegamos a um patamar de desenvolvimento que possibilita uma efetiva diminuição do trabalho.

Exemplo disso é o e-Social, um sistema baseado na integração e diminuição da duplicidade de dados. Tal integração é uma das grandes chaves para diminuir o tempo gasto com o cumprimento de obrigações tributárias. Ora, se é necessária a apresentação de inúmeras informações ao fisco para fins fiscalizatórios, por exemplo, que também seja possível aproveitá-las para o pagamento dos tributos.

Em termos exemplificativos – ao importar um serviço do exterior (algo de extrema relevância para um país que ainda depende da tecnologia estrangeira), pode-se ter repercussões como: a necessidade de registro da operação no SISCO-SERV, um sistema “estatístico” para acompanhamento de transações no exterior; a inclusão da operação para fins de apuração de imposto de renda – dedutibilidade ou não da empresa brasileira; a apuração do Imposto sobre Serviços, bem como das contribuições PIS, COFINS e CIDE; a verificação da aplicabilidade de normas de preços de transferência; possível retenção de Imposto de Renda na fonte, que poderá demandar a emissão de um atestado pelas autoridades fiscais brasileiras, a fim de possibilitar a compensação de imposto no exterior; a apuração do IOF-câmbio, em conjunto com possíveis registros perante o Banco Central do Brasil.

Tais consequências advêm de uma única e simples operação. Em outras palavras, uma simples inclusão em um sistema integrado seria o suficiente para o cálculo e fiscalização de todos os tributos e obrigações envolvidas. Isso não apenas possibilitaria o cumprimento dos deveres no ambiente doméstico, como facilitaria a inserção do Brasil em um contexto global de troca de informações.

No final de 2016, o Brasil firmou um acordo internacional no âmbito da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) relativo a trocas de informações automáticas entre países. A tendência é que o intercâmbio de tais informações seja cada vez mais abrangente (tributação em âmbito mundial). Um sistema integrado de dados não apenas facilitaria o cumprimento de obrigações internacionais brasileiras, como atuaria no combate à sonegação em grande escala.

De todo jeito, qualquer que seja o porte do empresário brasileiro, espera-se que o novo sistema seja um real facilitador. A diminuição do “Custo Brasil” é interesse de todos. 



ARIEL PALMEIRA é advogado integrante do Departamento Tributário da Andersen Ballão Advocacia. Formado em Direito pela UniCuritiba (2012) e pós-graduado em Direito Tributário e Processual Tributário pela Universidade Positivo (2015).

“Permitir a incidência diferenciada do plano de recuperação judicial afronta a própria natureza da decisão da Assembleia Geral de Credores e, ainda, o próprio sistema de recuperação judicial, de modo que foi correta a decisão recente do STJ quanto à abrangência de vinculação do plano de recuperação judicial devidamente aprovado pela AGC.”



A natureza negocial empresarial da decisão da assembleia geral de credores e a abrangência de sua vinculação

■ POR EMERSON SOARES MENDES

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu recentemente (REsp nº 1.532.943-MT) que o plano de recuperação judicial aprovado em assembleia geral de credores (AGC), contendo alterações nas condições originais dos créditos sujeitos à recuperação judicial, deve vincular todos os credores, inclusive os ausentes e os dissidentes.

A decisão tomada pela AGC tem natureza de decisão empresarial (REsp nº 1.513.260 – SP) acerca, dentre outros aspectos, do tratamento a ser dado aos créditos sujeitos à recuperação judicial e aos meios que serão utilizados para o soerguimento da empresa em crise, com a respectiva alocação dos riscos e ônus a serem suportados pela comunidade de credores e pela empresa em crise, tal como ocorre em uma relação negocial empresarial de cooperação (REsp nº 1.302.735-SP que aplica a teoria dos jogos na definição dos termos do plano de recuperação judicial).

Desse modo, a decisão da AGC sujeita-se ao princípio majoritário justamente por ser uma decisão colegiada, ou seja, a decisão vinculará todos os credores e a empresa em crise, mesmo os credores ausentes e os dissidentes (REsp nº 1.388.948 – SP), desde que a decisão seja lícita e tenha observado os procedimentos assembleares de convocação, instalação e deliberação (REsp nº 1.205.904-SP).

Em virtude da natureza negocial empresarial da decisão da AGC, o Poder Judiciário não pode imiscuir no mérito do plano de recuperação, que é de competência exclusiva da AGC (art. 35, inciso I, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 11.101/2005 - LRF), mas apenas fazer o seu controle de legalidade, pois o plano, na qualidade de verdadeiro negócio jurídico, sujeita-se aos requisitos dos atos jurídicos de um modo geral (REsp nº 1.314.209 – SP).

Nos termos do art. 49, *caput* e § 2º da LRF, os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial (observadas as exclusões expressamente dispostas na LRF), mas conservam suas condições contratadas originalmente, salvo se for estipulado algo diverso no plano de recuperação judicial, ou seja, o referido artigo permite que as condições originalmente contratadas sejam alteradas por meio do plano de recuperação judicial (art. 50, inciso I, da LRF), caso em que o credor atingido pelas alterações terá o direito de votar na AGC, conforme decorre do art. 45, § 3º, da LRF.

Acrescente-se que a alteração das condições dos créditos contratadas originalmente constitui a lógica do sistema de recuperação judicial, inclusive para permitir que a empresa em crise tenha condições mais brandas para pagamento dos créditos sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Justamente por isso, os interesses dos credores são preservados com a oportunidade de participar da AGC para aceitar, propor alterações ou rejeitar a proposta de plano de recuperação, o que requer o consentimento da maioria dos credores e da empresa em crise (REsp nº 1.388.948 – SP). Por esta razão, a LRF exige um “quorum” de instalação e deliberação, como forma de assegurar a representatividade das classes de credores nas deliberações da AGC, não dando azo à desvinculação dos credores ausentes e dissidentes do plano aprovado.

O plano de recuperação judicial, embora implique a novação dos créditos (art. 59, *caput*, da LRF), não tem o condão de acarretar a automática extinção das garantias, salvo se trazer previsão expressa acerca desta medida, caso em que será desnecessário que cada credor individualmente considerado, titular de uma garantia, conceda anuência para a extinção da garantia, o que somente ocorrerá se (i) o plano de recuperação não trazer expressa previsão de extinção das garantias e se (ii) o bem sobre o qual incidir a garantia for alienado (art. 50, § 1º, da LRF). Admitir-se o contrário seria permitir a existência de uma maneira de tratar desigualmente os credores de uma mesma classe, o que afrontaria o pilar do sistema de recuperação judicial da “*par conditio creditorum*”.

Quanto à legalidade da alteração das condições dos créditos originalmente contratadas, a própria LRF permite sua alteração e atribui à competência da AGC tal decisão (art. 50, inciso I, da LRF). Ademais, o próprio Código Civil, por exemplo, nos arts. 1.436, inciso I, 1.499, inciso IV, prevê a extinção de garantias reais pela renúncia do credor, o que não implica renúncia do crédito.

Assim, não se afigura razoável que a decisão assemblear de extinção das garantias tenha que exigir a expressa e individual anuência de cada credor titular da garantia real para vincular todos os credores, sob pena de, inclusive, não valer para os credores dissidentes ou ausentes.

Portanto, permitir a incidência diferenciada do plano de recuperação judicial afronta a própria natureza da decisão da AGC e, ainda, o próprio sistema de recuperação judicial, de modo que foi correta a decisão recente do STJ quanto à abrangência de vinculação do plano de recuperação judicial devidamente aprovado pela AGC. **■**



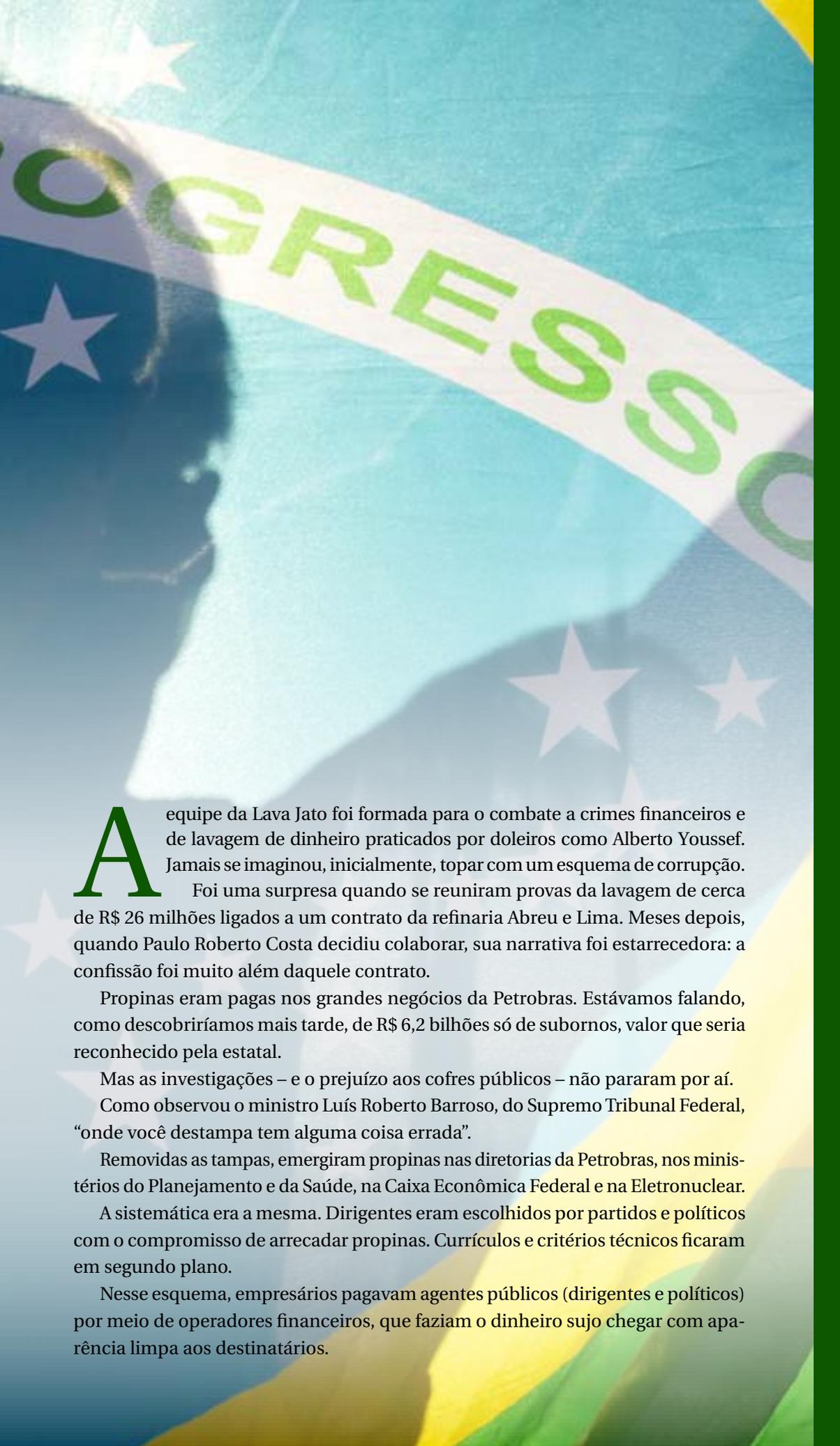
EMERSON SOARES MENDES é advogado em São Paulo, Doutorando e Mestre em Direito Comercial pela USP e especialista em Direito Econômico.

RDDEM E PR

Lava Jato: de onde veio e para aonde vamos

■ POR DELTAN DALLAGNOL E ORLANDO MARTELLO

“É impossível reduzir o nível de corrupção a zero, mas estamos no polo oposto. A grande corrupção tem de ser extirpada para surgir um Brasil competitivo, inovador, igualitário, democrático, republicano e, sobretudo, orgulhoso de si. A sociedade tem de reagir. Parafrazeando Martin Luther King, estamos rodeados da perversidade dos maus, mas o que mais tememos é o silêncio dos bons.”



A equipe da Lava Jato foi formada para o combate a crimes financeiros e de lavagem de dinheiro praticados por doleiros como Alberto Youssef. Jamais se imaginou, inicialmente, topar com um esquema de corrupção. Foi uma surpresa quando se reuniram provas da lavagem de cerca de R\$ 26 milhões ligados a um contrato da refinaria Abreu e Lima. Meses depois, quando Paulo Roberto Costa decidiu colaborar, sua narrativa foi estarrecedora: a confissão foi muito além daquele contrato.

Propinas eram pagas nos grandes negócios da Petrobras. Estávamos falando, como descobriríamos mais tarde, de R\$ 6,2 bilhões só de subornos, valor que seria reconhecido pela estatal.

Mas as investigações – e o prejuízo aos cofres públicos – não pararam por aí.

Como observou o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, “onde você destampa tem alguma coisa errada”.

Removidas as tampas, emergiram propinas nas diretorias da Petrobras, nos ministérios do Planejamento e da Saúde, na Caixa Econômica Federal e na Eletronuclear.

A sistemática era a mesma. Dirigentes eram escolhidos por partidos e políticos com o compromisso de arrecadar propinas. Currículos e critérios técnicos ficaram em segundo plano.

Nesse esquema, empresários pagavam agentes públicos (dirigentes e políticos) por meio de operadores financeiros, que faziam o dinheiro sujo chegar com aparência limpa aos destinatários.

Até o momento, em primeira instância, as investigações levaram a 52 acusações contra 241 pessoas, por crimes como corrupção, lavagem e organização criminosa.

Dentre elas, 110 foram condenadas a penas que ultrapassam mil anos de prisão. O ressarcimento soma mais de R\$ 3,6 bilhões – antes da Lava Jato, virtualmente nenhum caso recuperou mais de R\$ 100 milhões, e a regra é não reaver um tostão sequer.

No entanto, talvez o maior impacto da Lava Jato tenha sido a responsabilização igualitária dos criminosos, pouco importando cargo ou bolso. Perseguiu-se a “grande corrupção”, aquela que deslegitima as instituições e até então era imune ao Judiciário.

A corrupção de que tratamos afeta a eficiência da gestão pública, drena recursos de serviços essenciais, desequilibra o processo democrático e violenta os princípios republicanos.

É a corrupção que mata pela fila do SUS, pela falta de manutenção das estradas, que nutre a violência pela ausência de políticas públicas e que atrasa o país pela deficiência da infraestrutura.

Como o Mensalão, a Lava Jato tem se mostrado excepcionalmente diferente em relação à impunidade. É a exceção que confirma a regra.

Precisamos reconhecer que o relativo sucesso é fruto de uma multidão de fatores, que incluem um trabalho coordenado, inovador e profissional de vários órgãos, o amadurecimento de leis e instituições, além de muitos lances de sorte. Foi valioso ainda o apoio da sociedade.

O avanço se deu sobre um tripé formado por colaborações premiadas, cooperações internacionais e transparência.

As delações – sempre ponto de partida, jamais de chegada – permitiram a expansão exponencial da investigação. Embasaram buscas e apreensões, colheita de depoimentos e quebras de sigilos fiscal, bancário e telefônico; as transações bancárias rastreadas somam mais de R\$ 1 trilhão.

As cooperações internacionais – mais de 120 intercâmbios com 34 países – permitiram alcançar documentos de contas secretas no exterior usadas há décadas.

Por fim, a realização de entrevistas coletivas, o lançamento do primeiro website de um caso criminal do país, a assistência de assessores de comunicação e a publicidade dos processos eletrônicos garantiram o que Albert Meijer denominou transparência virtual, facilitando o acesso à informação, o acompanhamento da investigação e, principalmente, propiciando o controle social.

O debate transcendeu o meio jurídico e, para nossa sorte, ganhou o gosto popular.

O acervo probatório produzido é imenso. Como a usual tática dos investigados de negar os fatos já não funcionava, passaram a difundir a falsa ideia de abusos na Lava Jato.

Tal noção não se sustenta. Foram feitas somente prisões excepcionalmente necessárias. Apenas 9% dos acusados estão presos – e só 3% estão encarcerados sem condenação.

Diante da inusitada perspectiva de punição, a colaboração passou a ser a melhor estratégia de defesa: 70% delas foram feitas com réus soltos, e diariamente recusam-se novos acordos por não se vislumbrar ganho efetivo.

Observe-se ainda que, se “abusos” ou “excessos” existissem, os tribunais os corrigiriam. Mesmo contestados por grandes bancas advocatícias em três cortes, os atos do juiz Sergio Moro foram confirmados em mais de 95% dos casos.

Alega-se também que as investigações são partidárias. Outro disparate! Além de as equipes de procuradores, delegados e auditores terem sido formadas, em grande parte, antes de se descobrirem os crimes na Petrobras, trata-se de dezenas de profissionais de perfil técnico, sem histórico de vínculo político.

A alegada perseguição é o mantra da defesa política quando a defesa jurídica não prospera.

Verdade que os partidos mais atingidos na Lava Jato são PT, PP e PMDB. No Supremo, dentre os 17 políticos acusados, nove são do PP, quatro do PMDB, três do PT e um do PTC.

Contudo, isso não ocorre por escolha dos investigadores, mas sim porque as indicações de dirigentes de órgãos federais se dão pelo partido no poder ou sua base aliada. Assim, os cargos de diretoria da Petrobras foram ocupados por essas legendas, e não pela oposição ao governo petista.

O ataque mendaz à credibilidade da Lava Jato e dos investigadores tem um propósito. Prepara-se o terreno para, em evidente desvio de finalidade, aprovar projetos de abuso de autoridade, de obstáculos à colaboração premiada, de alterações na leniência e de anistia ao caixa dois.

O Brasil, quarta nação mais corrupta do mundo, segundo o *ranking* do Fórum Econômico Mundial, está numa encruzilhada.

Se forem aprovados projetos como os mencionados seguiremos o caminho da Itália, que, nas palavras de um procurador da Mãos Limpas – operação da década de 1990 semelhante à Lava Jato –, lutou contra a corrupção, mas perdeu.

O Brasil, porém, pode seguir os passos de Hong Kong, nos anos 1960 considerado o lugar mais corrupto do mundo. Após um escândalo na década seguinte, realizaram-se reformas e, hoje, é o 18º país mais honesto no *ranking* da Transparência Internacional (o Brasil está na 76ª posição).

A história do Brasil é também uma história de fracassos na luta contra a corrupção. Casos como Anões do Orçamento, Marka Fonte-Cindam, Propinoduto, Banestado, Maluf, Castelo de Areia, Boi Barrica e tantos outros caíram na vala comum da impunidade.

A corrupção tem alto custo ao país. Temos de fechar essas brechas por onde escapam os ladrões e o dinheiro público.

Alterações legislativas, como a reforma política e as dez medidas contra a corrupção, sanam problemas estruturais e podem nos pôr no rumo de Hong Kong, o que recomenda seu debate, aperfeiçoamento e aprovação pelo Congresso.

É importante, ainda, incentivar controles sociais e que os cidadãos, bem informados, repilam os políticos desonestos pelo voto.

É impossível reduzir o nível de corrupção a zero, mas estamos no polo oposto. A grande corrupção tem de ser extirpada para surgir um Brasil competitivo, inovador, igualitário, democrático, republicano e, sobretudo, orgulhoso de si.

A sociedade tem de reagir. Parafrazeando Martin Luther King, estamos rodeados da perversidade dos maus, mas o que mais tememos é o silêncio dos bons. 



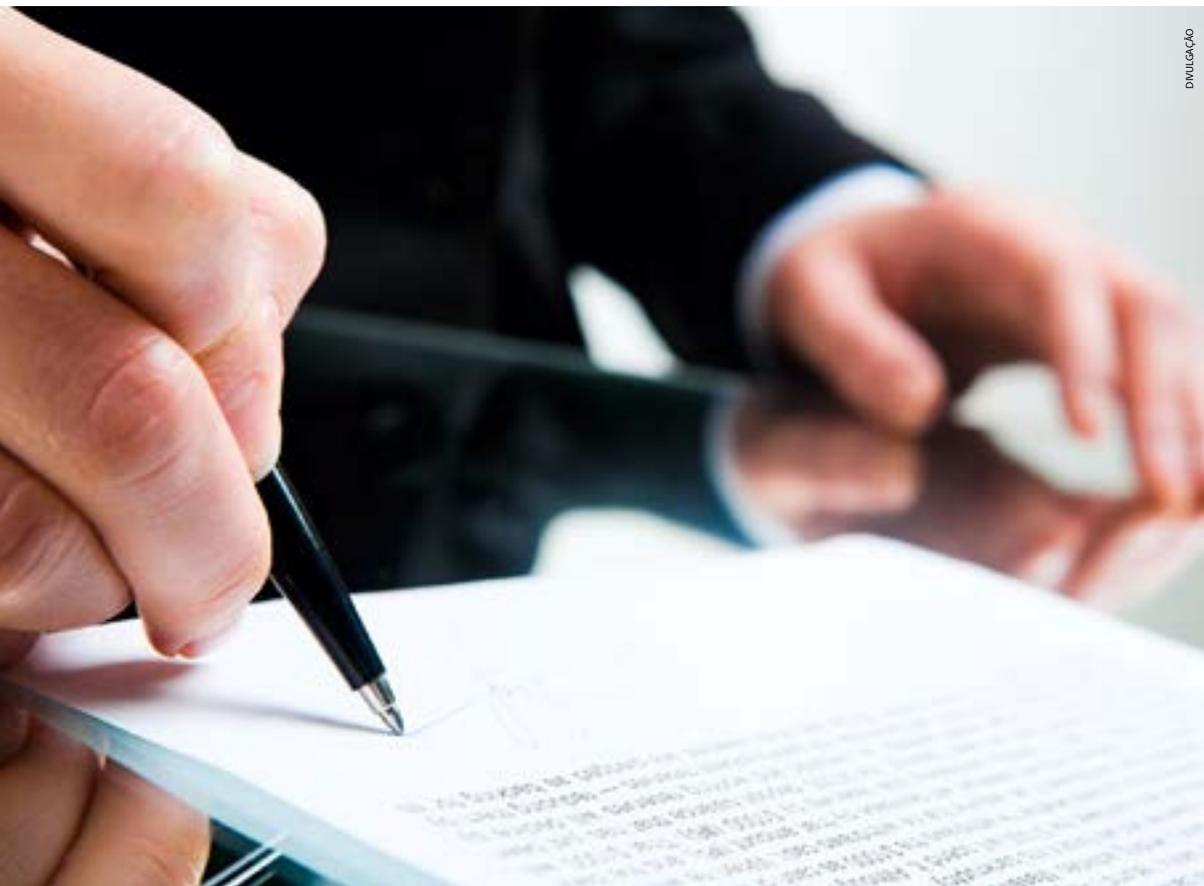
ARQUIVO PESSOAL

DELTAN DALLAGNOL é Mestre pela Harvard Law School (EUA) e procurador da República. Integra a força-tarefa da Operação Lava Jato em Curitiba.



ARQUIVO PESSOAL

ORLANDO MARTELLO é Mestre em Gestão e Políticas Públicas pela Fundação Getúlio Vargas e procurador da República. Integra a força-tarefa da Lava Jato em Curitiba.



O princípio da simplicidade das formas do Direito Empresarial

■ POR ISABEL LUIZA RAFAEL M. DOS SANTOS E WASHINGTON LUÍS B. BARBOSA

Este texto analisa a distinção entre aval e fiança, a fim de que se compreenda a relevância da alteração legislativa advinda no Código Civil de 2002, que resolveu exigir a outorga uxória do primeiro, quando o diploma material de 1916 a reservava somente à segunda.

Por décadas, a legislação brasileira não exigiu para a formação do aval qualquer outra formalidade senão a simples manifestação de vontade do avalista, reservando-se a obrigatoriedade de outorga uxória ou marital apenas aos casos de fiança.

O artigo 1647, III do Código Civil de 2002, todavia, trouxe inovação ao estender a necessidade de outorga também ao aval. Tal mudança representou grande impacto às relações comerciais e ao próprio instituto do aval que se presta, justamente, a imprimir maior eficácia e dinamicidade às transações comerciais, sem se olvidar da importante redução dos custos de operações financeiras.

O presente estudo, portanto, visa a apresentar, em um primeiro momento, um panorama sobre as principais características do instituto do aval e as suas distinções em relação à fiança, bem como as repercussões de ambos às relações comerciais e aos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais urgidos com a inovação trazida pelo artigo 1647, III do Código Civil de 2002.

Traçado o paralelo entre os institutos, debateremos os argumentos apresentados pelo relator do Recurso Especial 1.633.399, o ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando do julgamento de processo no qual se manteve aval em detrimento da ausência da outorga marital exigida pela legislação civil.

O objetivo é compreender, dadas as diferenças entre fiança e aval, por que a obrigatoriedade de outorga uxória pode ser relativizada em um e não no outro, a exemplo do que defendeu o ministro da Corte Superior no referido julgamento.

“A ausência de autorização conjugal na formalização do aval não retira dele a validade, devendo, em casos tais, ser apenas respeitada a meação do cônjuge que não tiver consentido ou conhecido o ato praticado, ressalvada a hipótese de ter o cônjuge obtido benefício econômico, ainda que indireto.”

RELATIVIZAÇÃO DA EXIGÊNCIA DE OUTORGA CONJUGAL PARA A VALIDAÇÃO DO AVAL

Os títulos de crédito podem ser reforçados por garantias reais e pessoais. Especificamente dentre as garantias pessoais existe a possibilidade de uma garantia peculiar ao Direito Cambiário: o aval.

Marlon Tomazette, ao citar Wille Duarte Costa (2015, p. 125), assevera que o “aval é a declaração cambial, eventual e sucessiva, pela qual o signatário responde pelo pagamento do título de crédito”.

Já Fábio Ulhôa Coelho (2016, p. 415) afirma que “o aval é o ato cambiário pelo qual uma pessoa (avalista) se compromete a pagar título de crédito, nas mesmas condições que um devedor desse título (avalizado)”.

Segundo Rubens Requião (2007, p. 432):

O aval é a garantia de pagamento da letra de câmbio, dada por um terceiro ou mesmo por um de seus signatários. Em geral, quando o credor não se considera inteiramente garantido frente a determinado devedor- porque este não possui situação econômica estável ou patrimônio suficiente à satisfação da dívida-, é comum a exigência de uma garantia suplementar, representada pela obrigação assumida por outra pessoa. Se o devedor é sociedade limitada, de micro, pequeno ou médio porte o credor normalmente exige que o seu sócio majoritário se comprometa pessoalmente com o pagamento da dívida. Assim, além do patrimônio da pessoa jurídica, também o do sócio garante o cumprimento da obrigação.

O fundamento principal do aval, portanto, é prestar uma garantia pessoal para a satisfação do crédito, constituído por título cambiário. Tal garantia é particular ao regime dos títulos de crédito, não havendo que se falar dela em outras obrigações¹. Esta é a estrita dicção do art. 897 do Código Civil de 2002, segundo o qual o pagamento de título de crédito que contenha obrigação de pagar soma determinada pode ser garantido por aval, sendo vedado o aval parcial.

Duas são as principais características do aval no que concerne à obrigação avalizada: a autonomia e a equivalência. Segundo o princípio da autonomia, a obrigação do avalista é diferente e independente da obrigação do avalizado. Sobre as consequências da autonomia do aval, ponderou Fábio Ulhoa (2016, p. 415) que:

Em primeiro lugar, a sua existência, validade e eficácia não estão condicionadas à da obrigação avalizada. Desse modo, se o credor não puder exercer, por qualquer razão, o direito contra o avalizado, isto não compromete a obrigação do avalista. Por exemplo, se o devedor em favor de quem o aval é prestado era incapaz (e não devidamente representado ou assistido no momento da assunção da obrigação cambial), ou se a assinatura dele no título foi falsificada, esses fatos não desconstituem nem alteram a extensão da obrigação do avalista. Por outro lado, eventuais direitos que beneficiam o avalizado não se estendem ao avalista. [...] Também em decorrência da autonomia do aval, não pode o avalista, quando executado em virtude do título de crédito, valer-se das exceções pessoais do avalizado, mas apenas as suas próprias exceções (por exemplo, pagamento parcial da letra, fatal de requisito essencial etc).

Assim, em breves linhas, diz-se que o aval é dotado de autonomia substancial e acessoriedade formal, de forma que quem lança sua assinatura em um título na qualidade de avalista vincula-se diretamente ao credor, independente da obrigação a que avalizou. A consequência é que, mesmo que a obrigação principal seja nula, o aval é válido e deve ser honrado por quem avalizou (COELHO, 2016, p. 416).

A equivalência em relação à obrigação avalizada, por sua vez, significa que o avalista é devedor do título da mesma forma que a pessoa por ele avalizada². Sobre o tema, esclarece Fábio Ulhoa:

Note-se que da definição legal da equivalência não decorre a absoluta identidade de condições entre a obrigação do avalista e do avalizado, sendo que comprometeria o caráter autônomo dos atos cambiais correspondentes. Quando a lei preceitua que são iguais as 'maneiras' de o avalista e do avalizado responderem pelo título, ela apenas es-

tabelece uma posição na cadeia de regresso. Ou seja, todos os que podem exercer o seu direito de crédito contra determinado devedor do título também podem fazê-lo contra o avalista dele; assim como todos os que podem ser acionados por determinado devedor, em regresso, também o podem ser pelo respectivo avalista. Da equivalência decorrem unicamente definições de anterioridade ou posterioridade, na cadeia de regresso, e nunca efeitos incompatíveis com o princípio da autonomia das obrigações cambiais. Se o avalista é devedor equiparado ao avalizado, isso não quer dizer que suas respectivas obrigações perderam a independência característica dos atos cambiários (COELHO, 2016, p. 415).

Elucida-se que a equiparação do aval à obrigação avalizada não se aplica à extensão da obrigação, ou seja, o avalista pode ser obrigado perante o credor do título por montante superior àquele que, em regresso, recuperará junto ao avalizado. Fábio Ulhoa exemplifica: ao lecionar que:

É, por exemplo, a situação em que se encontra o avalista de empresário beneficiado com a recuperação judicial. De fato, se o avalizado obtém, de acordo com o plano de recuperação aprovado em juízo, a remissão parcial de suas obrigações (isto é, a redução do montante das dívidas), o credor da cambial poderá executar o avalista pela integralidade do seu valor, mas esse somente poderá exercer o seu direito creditício na recuperação judicial, recebendo o pagamento pelo valor a menor (COELHO, 2016, p. 415).

DISTINÇÕES ENTRE AVAL E FIANÇA

Como já dito, o aval constitui garantia dada em título cambiário, revestido de autonomia e equivalência, em relação à obrigação avalizada.

A fiança, por sua vez, consiste em uma garantia acessória a uma obrigação contratual e não cambiária. Sendo acessória, se nula for a obrigação principal, nula será a fiança (TOMAZETTE, 2015, p. 125).

Dentre as principais distinções entre os institutos do aval e da fiança, se destaca, portanto, que o aval se dá em um título de crédito, ou seja, decorre de um título cambiário, enquanto a fiança em um contrato, sendo obrigação acessória e subsidiária.

Isto é o que menciona o Código Civil de 2002, quando estabelece em seu artigo 818 que, “Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

A subsidiariedade, resultado da própria previsão legal do artigo 818 do CC, significa que o credor, a princípio, somente poderá acionar o fiador caso não haja o cumprimento da obrigação pelo devedor principal, salvo se houver renúncia expressa ao benefício de ordem.

O prestador do aval, ao contrário do fiador, pode ser acionado para pagar antes do avalizado, podendo ocorrer a exclusão prévia ao devedor principal. Destarte, no aval não existe subsidiariedade quanto ao pagamento da obrigação.

Acrescente-se que no aval o avalista não pode alegar perante terceiros de boa-fé exceções pessoais que teria contra o avalizado. O contrário, todavia, opera-se na fiança, em que é dado ao fiador alegar defesas pessoais contra o credor.

Ademais, na fiança o credor, em determinada situação, pode pedir a substituição, o que não ocorre com o portador do título de crédito, que não tem direito

a substituir o aval. O fiador pode estabelecer prazo de validade da fiança, o que não acontece com o avalista.

Por fim, tanto o aval quanto a fiança podem ter garantia de um único ou vários garantidores da obrigação do devedor principal³.

Diante do exposto, pode-se verificar que, embora tenham alguma semelhança, aval e fiança têm entre si distinções de natureza e essência.

A NECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL NO AVAL

O artigo 235 do Código Civil de 19164 constituiu norma proibitiva à prestação de fiança pelo marido sem a anuência da esposa, estando a mulher igualmente impedida de fazê-lo sem a respectiva autorização marital, por força do artigo 242 do mesmo diploma legal⁵.

Veja-se que no antigo Código Civil a necessidade de outorga uxória ou marital para validade e eficácia da garantia somente era exigida à fiança porque, por obviedade, não se mostrava razoável ao legislador – como ainda não se parece – a inserção de tal exigência a uma garantia prestada em título cambiário, revestida de autonomia e equivalência, como no caso do aval.

Ora, o fundamento para prestação de garantia pessoal no Direito Cambiário é conferir maior segurança ao credor de boa-fé.

Inobstante os princípios do Direito Cambiário, prestigiando os direitos do cônjuge no campo do Direito de Família, inovou o legislador do Código Civil de 2002 ao exigir a outorga conjugal não apenas à fiança, como também ao aval, conforme expressa previsão do art. 1.647, inciso III:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

[...]

III- prestar fiança ou aval;

Nesta toada, pela estrita previsão legal, pessoas casadas pela comunhão universal ou pela comunhão parcial só poderão prestar aval se obtiverem a concordância dos respectivos cônjuges.

O STJ afirmou que tal restrição também se aplica ao regime da separação obrigatória, pois “ao excepcionar a necessidade de autorização conjugal para o aval, o art. 1.647 do CC/2002, mediante a expressão ‘separação absoluta’, refere-se exclusivamente ao regime de separação convencional de bens e não ao da separação legal”⁶.

Afere-se que a exigência estendida também ao aval objetivava preservar o patrimônio familiar daquele que com o ato não consentiu ou que desconhecia a obrigação assumida pelo outro cônjuge, desde que não tenha recebido em virtude do aval qualquer benefício de ordem econômica.

Note-se que o Decreto nº 57.663/1966, que rege as relações cambiárias, nada dispôs quanto à exigência de autorização conjugal para validade do aval. Somente com o novo Código Civil, portanto, e a redação conferida ao art. 1.647, III, passou-se a considerar “obrigatória” a autorização conjugal para tanto.

Desde então, muito se questiona sobre a anulabilidade, ou não, do aval prestado na cártula que não possui vênua conjugal. Trata-se de uma condição de validade da garantia prestada.

Como todo o respeito ao legislador do Código Civil de 2002, nítido equívoco houve ao estender os requisitos de validade da fiança – obrigação contratual, acessória e subsidiária – ao aval, garantia prestada exclusivamente em título cambiário, em que se elevam a autonomia e equivalência e que deve ser regido, por obviedade, pelos princípios de Direito Cambiário, não de Direito de Família. Como já esposto, tratando-se de garantia tipicamente cambiária, aval não se confunde com fiança.

Tal imposição, acaso interpretada de forma isolada, sem a observância dos princípios e legislação específica do Direito Cambiário, mostra-se incoerente com a própria essência dos títulos de crédito, que visa, como expresso alhures, a prestar dinamicidade às relações comerciais e a promover a circularização do título, preservando o credor de boa-fé. Impor que a ausência de outorga do cônjuge no aval constitui a sua nulidade, tal como ocorre na fiança, apresenta-se como uma contradição fulminante à garantia pessoal prestada pelo aval na cártula (TEIXEIRA, online, 2008).

Ao consultar a legislação específica, nota-se que o aval está previsto na Convenção de Genebra, de 19 de março de 1931, à qual o Brasil livremente aderiu ao promulgar o Decreto nº 57.595, de 4 de janeiro de 19667. Um dos objetivos traçados pelo documento foi exatamente o de elidir as dificuldades surgidas diante da diversidade de legislação nos vários países em que as letras circulam, aumentando assim a segurança e a rapidez das relações do comércio internacional.

A citada Convenção, em seu anexo I, estabeleceu a Lei Uniforme do Cheque, que nada mencionou sobre a necessidade de outorga uxória para validade do aval. O artigo 25 da referida lei assegura que “considera-se o aval como resultando da simples aposição da assinatura do avalista”. Não exigiu a aludida legislação qualquer outro requisito à sua validade e eficácia.

O Código Civil de 1916 igualmente não previa tal condição de validade ao aval. O artigo 235 limitava à fiança a exigência da respectiva outorga conjugal, ao que também estaria obrigada a esposa, por força do disposto no artigo 242 do mesmo codex, para validade da garantia. Ficou silente tal legislação no que concerne ao aval.

Parece, pois, que interpretar a exigência de outorga conjugal como requisito à validade do aval – equiparando-o à fiança – não demonstra ser a visão mais acertada sobre o tema, uma vez que limita ao campo do Direito Civil, em específico do Direito de Família, a análise de instituto cambiário.

Assim, aplicando-se uma exegese conjugada da proteção do patrimônio familiar com a inovação trazida no Código Civil em vigor e a legislação específica cambiária, o entendimento mais coerente é o de que a falta de autorização conjugal para prestar o aval não pode ensejar a nulidade da garantia. Neste viés, da ausência de autorização, poderia emergir apenas a ineficácia dos seus efeitos em relação ao cônjuge que não tiver aderido à garantia.

Quanto ao tema, já em setembro de 2002, ou seja, mesmo antes da entrada em vigor do novo Código Civil, após a I Jornada de Direito Civil magistrados e estudiosos encaminharam ao Conselho de Justiça Federal proposta de alteração legislativa denotando a já antevista preocupação dos juristas quanto à afronta do art. 1.647, III, à Lei Uniforme de Genebra (TEIXEIRA, online, 2008):

Aval. Anuência. Proposta de alteração legislativa (CC1647 III). Jornada I. STJ 132. Proposta: suprimir as expressões “ou aval”, do inciso III do art. 1647 do novo Código Civil. Justificativa:

Exigir anuência do cônjuge para a outorga de aval é afrontar a Lei Uniforme de Genebra e descaracterizar o instituto. Ademais, a celeridade indispensável para a circulação dos **títulos de crédito** é incompatível com essa exigência, pois não se pode esperar que, na celebração de um negócio corriqueiro, lastreado em cambial ou duplicata, seja necessário, para a obtenção de um aval, ir à busca do cônjuge e da certidão de seu casamento, determinadora do respectivo regime de bens (grifos no original).

Com tais considerações, o Conselho de Justiça Federal aprovou o Enunciado nº 114, apresentando a melhor interpretação conferida pelos magistrados ao art. 1.647, III do Código Civil de 2002, o qual restou assim sedimentado:

O aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inciso III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu.

Conclui-se que, em cotejo às normas específicas e princípios de Direito Empresarial, a interpretação que não afasta a validade da garantia prestada por aval nos títulos cambiários, nos casos de inexistência de vênua conjugal, é mais moderada e preservativa das relações cambiárias, respeitando, ainda, a intenção do legislador no que tange à proteção do patrimônio familiar.

Por esta interpretação, a ausência de permissão conjugal no aval não ensejaria a invalidação da garantia prestada, como consta expressamente do art. 1.649 do CC, mas tão somente a mera ineficácia do título em relação ao cônjuge que não tenha consentido ou conhecido a obrigação prestada pelo outro cônjuge.

Nas palavras de Paulo Teixeira, tal conclusão mostra-se “pertinente apesar de *contra legem*, uma vez que a solução de invalidade entra em colisão com o princípio de plena circulação dos títulos de crédito” (TEIXEIRA, online, 2008).

Ainda assim, caso comprovado pelo credor que o cônjuge ausente tenha alcançado, com o aval prestado, algum benefício econômico, mesmo que indireto, a meação em questão sequer estaria protegida. Tal conclusão apenas privilegia os princípios gerais do Direito amplamente assegurados na legislação pátria, tais como o da boa-fé objetiva, o da vedação do comportamento contraditório e o da proibição do enriquecimento sem causa.

ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos casos concretos, durante anos o Superior Tribunal de Justiça caminhou no sentido de atender estritamente ao comando legal do Código Civil para considerar nulo o aval prestado sem o consentimento do cônjuge. Em reiteradas decisões, portanto, amparado unicamente pelos princípios do Direito de Família, o STJ afastou a validade da garantia prestada ao título de crédito, no entanto, sem avaliar a questão pelo prisma cambiário. É o que se infere das ementas transcritas a seguir, a título ilustrativo:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - OUTORGA CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.

1. É necessária a vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil.

2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.

3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.

4. Recurso especial provido.

(REsp 1163074/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 04/02/2010)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, A FIM DE ANULAR O AVAL PRESTADO SEM O CONSENTIMENTO DO CÔNJUGE - INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ.

1. Nos termos do artigo 1.647, inciso III, do Código Civil, é necessária vênua conjugal para a prestação de aval por pessoa casada.

2. Precedentes específicos desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.082.052/RS, Relator Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AVAL SEM OUTORGA UXÓRIA. INVALIDADE.

1. O aval prestado sem a devida outorga uxória não possui validade. Sua anulação não tem como consequência preservar somente a meação, mas torna insubsistente toda a garantia. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(EDcl no REsp 1472896/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 13/08/2015)

Não obstante, recentemente o ministro Luis Felipe Salomão, contrariando a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apreciou a matéria, tomando por fundamento também o Direito Cambiário. Outro não poderia ser o entendimento, senão, sob este prisma, reconhecer a validade da garantia pessoal prestada no título de crédito, mesmo que não tenha contado com a autorização do cônjuge.

Este é o objeto do Recurso Especial 1.633.399 - SP (2014/0316484-3), que tramitou perante a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em desfavor do Banco do Brasil, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III, do art. 105 da CF/88, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que afastou a alegação de nulidade do aval prestado sem anuência do cônjuge. No entanto, preservou-se a proteção da meação do imóvel penhorado ante a inexistência de provas de que a dívida tivesse sido contraída em benefício da família.

O ato judicial que se comenta está assim sumariado:

DIREITO CAMBIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REVELIA. EFEITOS RELATIVOS. AVAL. NECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL. DISPOSIÇÃO RESTRITA AOS TÍTULOS DE CRÉDITO INOMINADOS OU ATÍPICOS. ART. 1.647, III, DO CC/2002. INTERPRETAÇÃO QUE DEMANDA OBSERVÂNCIA À RESSALVA EXPRESSA DO ART. 903 DO CC E AO DISPOSTO NA LUG ACERCA DO AVAL. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO. COGITAÇÃO DE APLICAÇÃO DA REGRA NOVA PARA AVAL DADO ANTES DA VIGÊNCIA DO NOVO CC. MANIFESTA INVIABILIDADE.

1. Os efeitos da revelia - presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor - são relativos e não conduzem, necessariamente, ao julgamento de procedência dos pedidos, devendo o juiz atentar-se para os elementos probatórios presentes nos autos, para formação de sua convicção.

2. Diversamente do contrato acessório de fiança, o aval é ato cambiário unilateral, que propicia a salutar circulação do crédito, ao instituir, dentro da celeridade necessária às operações a envolver títulos de crédito, obrigação autônoma ao avalista, em benefício da negociabilidade da cártula. Por isso, o aval “considera-se como resultante da simples assinatura” do avalista no anverso do título (art. 31 da LUG), devendo corresponder a ato incondicional, não podendo sua eficácia ficar subordinada a evento futuro e incerto, porque dificultaria a circulação do título de crédito, que é a sua função precípua.

3. É imprescindível proceder-se à interpretação sistemática para a correta compreensão do art. 1.647, III, do CC/2002, de modo a harmonizar os dispositivos do Diploma civilista. Nesse passo, coerente com o espírito do Código Civil, em se tratando da disciplina dos títulos de crédito, o art. 903 estabelece que “salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”.

4. No tocante aos títulos de crédito nominados, o Código Civil deve ter uma aplicação apenas subsidiária, respeitando-se as disposições especiais, pois o objetivo básico da regulamentação dos títulos de crédito, no novel Diploma civilista, foi permitir a criação dos denominados títulos atípicos ou inominados, com a preocupação constante de diferenciar os títulos atípicos dos títulos de crédito tradicionais, dando aos primeiros menos vantagens.

5. A necessidade de outorga conjugal para o aval em títulos inominados - de livre criação - tem razão de ser no fato de que alguns deles não asseguram nem mesmo direitos creditícios, a par de que a possibilidade de circulação é, evidentemente, deveras mitigada. A negociabilidade dos títulos de crédito é decorrência do regime jurídico-cambial, que estabelece regras que dão à pessoa para quem o crédito é transferido maiores garantias do que as do regime civil.

6. As normas das leis especiais que regem os títulos de crédito nominados, v.g., letra de câmbio, nota promissória, cheque, duplicata, cédulas e notas de crédito, continuam vigentes e se aplicam quando dispuserem diversamente do Código Civil de 2002, por força do art. 903 do Diploma civilista. Com efeito, com o advento do Diploma civilista, passou a existir uma dualidade de regramento legal: os títulos de crédito típicos ou nominados continuam a ser disciplinados pelas leis especiais de regência, enquanto os títulos atípicos ou inominados subordinam-se às normas do novo Código, desde que se enquadrem na definição de título de crédito constante no art. 887 do Código Civil.

7. Recurso especial não provido. (REsp 1633399/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 01/12/2016)

Tem-se, na origem, que a recorrente opôs embargos de terceiros em face do Banco do Brasil, nos autos de execução promovida pela instituição financeira contra

uma empresa de vidraçaria e duas outras pessoas físicas, dentre elas o marido da recorrente, também avalista da cédula de crédito comercial, título este que sustentou a obrigação cambial.

Em síntese, a recorrente pleiteou a nulidade do aval prestado por seu marido quando ainda em vigor o Código Civil de 1916, requerendo a aplicação da determinação do art. 1647, inciso III do Código Civil de 2002, que impõe, em uma interpretação literal, a nulidade do aval prestado sem a permissão do cônjuge.

Superadas as questões formais, ao ser submetido à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, no mérito entendeu o ministro relator, acompanhado à unanimidade, pela manutenção do aval prestado na cártula, bem como da penhora do imóvel, respeitando-se, no entanto, a parcela do imóvel equivalente à meação da cônjuge não anuente, mantendo a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, porém com fundamento diverso.

A principal questão levada à apreciação do Superior Tribunal de Justiça foi: “em se tratando de crédito comercial, à luz do art. 1647, III do CC/02, seria necessário ao aval a outorga conjugal?”.

Com mestria, o ministro relator, ao enfrentar a questão imprimiu interpretação sistemática do Código Civil de 2002, valendo-se também da legislação específica cambiária.

Cabe a transcrição de trechos elucidativos do voto condutor do acórdão em análise:

4. Com efeito, diversamente do contrato acessório de fiança, o aval é apenas ato cambiário unilateral, que fomenta a extremamente salutar circulação do crédito, ao instituir, dentro da celeridade necessária às operações a envolver títulos de crédito, obrigação autônoma ao avalista, conferindo maior segurança ao credor cambial, em benefício da negociabilidade da cártula.

O aval, como qualquer obrigação cambiária, deve corresponder a ato incondicional, não podendo sua eficácia ficar subordinada a evento futuro e incerto, porque dificultaria a circulação do título de crédito, que é a sua função precípua. Ademais, o aval só pode ser lançado no título, não se admitindo por documento em separado, porque o Estado brasileiro não adotou a reserva do art. 4º do Anexo II da LUG. Registra-se, ainda, que o aval pode ser prestado por terceiro, estranho à relação cartular, ou por pessoa que nela já figure com obrigação cambiária distinta, mas só pode ser lançado no título de crédito, em razão do princípio da literalidade (LUG, art. 31, al. 1ª, LC, art. 30). (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio. Títulos de crédito. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 280, 282, 283 - olhar a p. 287 e 289).

Ora, como é cediço, o título de crédito nasce para circular e não para ficar restrito à relação entre o devedor principal e seu credor originário. Daí a preocupação do legislador em proteger o terceiro adquirente de boa-fé para facilitar a circulação do título. (REsp 1.231.856/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04.02.2016, DJe 08.03.2016)

Nesse diapasão, a doutrina anota que o elemento diferencial presente nos títulos de crédito “deve manifestar-se na proteção do cessionário do direito, terceiro de boa-fé, diante de possíveis vícios existentes nas fases de criação, emissão e circulação do documento cambial”. É que “[...] o título de crédito deve ter, em princípio, como finalidade precípua, a sua circulação, isto é, o predicado ou atributo da negociabilidade”, facilitando ao credor que detém o título “encontrar terceiros interessados em antecipar-lhe o valor da obrigação,

em troca da titularidade do crédito”; “a utilidade do título de crédito reside, precisamente, nesse atributo da negociabilidade e da antecipação do seu valor. Para que o título de crédito possa ser colocado em circulação, para sua aceitação por terceiros, é necessário seja dotado de plena “certeza e segurança jurídica”. (COELHO, Fábio Ulhoa (coord.). Tratado de direito comercial: títulos de crédito, direito bancário, agronegócio e processo empresarial. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20-24).

Luiz Emygdio F. da Rosa Junior, à luz da realidade de mercado, anota que a função do aval é reforçar as garantias de pagamento do título de crédito em seu vencimento, facilitando sua circulação, sendo um dos mais importantes e utilizados institutos do direito cambiário, mormente nas operações bancárias. (...)

Com efeito, pela própria natureza, simplicidade e finalidade do aval é que a ampla maioria da doutrina tem tecido as mais ácidas críticas à inovação trazida pelo CC/2002, inclusive anotando, em interpretação sistemática do Diploma civilista, aparente contradição interna, visto que, a teor do art. 978 do CC/2002, o empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real (TOMAZETE, Marlon. Curso de direito empresarial: títulos de crédito. 6 ed. São Paulo)

A princípio, o aval exigirá apenas a declaração de vontade do avalista, que poderá ser acompanhada da indicação do avalizado ou de qualquer expressão que especifique a intenção das partes. A LUG nada mais menciona no que tange às formalidades do aval. Do mesmo modo, o Decreto nº 2.044/1908 e toda a legislação estrangeira sobre o assunto. (TOMAZETE, 2015. p. 126).

Sobre a necessidade de celeridade para circulação do título, como forma precípua de dar validade às relações cambiais, assim dispôs:

5. Em relação ao aval em folha anexa, consiste em mero alongamento do título. E atendendo aos reclamos, notadamente do Estado francês, a LUG permitiu aos Estados aderentes fosse feita reserva específica acerca do aval - o que não é o caso do Brasil -, para que este também pudesse ser feito em folha avulsa. [...] Ora, se para mera formalidade (pormenor) - que em nada ou pouco afeta a celeridade, no tocante à circulação dos títulos - foi necessário, após notório e acalorado debate, estabelecer previsão específica no anexo II da Convenção, por óbvio, segundo entendo, não é mesmo possível considerar que a imposição de outorga uxória fosse compatível com a LUG. [...] A necessidade de outorga uxória para contrato de fiança já estava presente no Código Civil de 1916, todavia o aval é ato de extrema simplicidade, consistindo em assinatura no anverso do título de crédito ou assinatura com menção ao aval no verso do título. Por isso, a exigência de outorga uxória para a prática desse ato prejudica sua simplicidade e, conseqüentemente, é entrave para a rapidez e a segurança da circulação cambiária, pois o credor do título de crédito, ao contrário do que normalmente se sucede na fiança, no mais das vezes, não conhece a vida pessoal do avalista. (SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). Código civil comentado. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.609).

Forte em tais considerações, concluiu o ministro relator pela aplicação da disposição civilista aos títulos de crédito atípicos ou inominados, devendo prevalecer as disposições da legislação específica cambiária aos títulos típicos ou nominados, cabendo a estes últimos a aplicação tão somente subsidiária do Código Civil de 2002. É o que observa:

Assim, penso que as normas das leis especiais que regem os títulos de crédito nominados, v.g., letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata, continuam vigentes e se aplicam quando dispuserem diversamente do CCB de 2002, por força do art. 903 do Diploma civilista. [...] Em outras palavras, com o advento do CC de 2002, passou a existir uma dualidade de regramento legal: os títulos de crédito típicos ou nominados continuam a ser disciplinados pelas leis especiais de regência, enquanto os títulos atípicos ou inominados subordinam-se às normas do novo Código, desde que se enquadrem na definição de título de crédito constante no art. 887 do CC. (ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio. Títulos de crédito. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 35)

Dessarte, o regramento oferecido pelo legislador civilista restringe-se aos títulos inominados e aos que forem criados após a entrada em vigor do Código Civil, se outro não lhes for determinado pela lei especial que os disciplinar. Em reforço a esse atendimento de que o CC buscou disciplinar o aval apenas no tocante aos títulos de crédito de livre criação (inominados), cumpre ressaltar que, quanto aos únicos títulos (nominados) criados após o CC/2002 - Certificado de Depósito Agropecuário - CDA, Warrant Agropecuário - WA, Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio - CDCA, Letra de Crédito do Agronegócio - LCA e Certificado de Recebíveis do Agronegócio - CRA -, a Lei n. 11.076/2004, em clara remissão à LUG (já que o CC não prevê o protesto necessário), estabeleceu, nos arts. 2º e 44 [...].

Finalmente, em observância às normas de Direito Cambiário, entendeu o ministro relator, de forma acertada, tornar impertinente ao caso as disposições do art. 1.647, III, do CC/2002, afastando a nulidade do aval por ausência de vênua conjugal.

CONCLUSÃO

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.647, III, estendeu ao aval a necessidade de outorga conjugal para sua validade, tal como previa o Código Civil de 1916 exclusivamente para a fiança.

Não obstante, a interpretação de um texto de lei jamais pode se dar por sua letra fria e de modo isolado, devendo, antes, ser analisado à luz de todo o sistema que integra. Neste contexto, é razoável afirmar que não há lugar para se admitir nulo ou sequer anulável o aval prestado por um dos cônjuges sem a anuência do outro.

Isso porque a forma do aval exigida pelo Código Civil de 2002 (art. 898) é a mesma daquela prevista pela Convenção de Genebra e que, por força do Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966, deve ser respeitada em todos os seus termos. A exigência de outorga conjugal no aval afronta a Lei Uniforme de Genebra e descharacteriza o instituto.

Não se pode olvidar de que a simplicidade e celeridade necessárias à circulação dos títulos de crédito é incompatível com essa exigência, pois não se mostra crível que em toda relação cambiária na qual seja conveniente a obtenção de um aval se considere indispensável o retardamento inevitável que trará a busca da anuência do cônjuge que, por sua vez, dependerá de uma certidão de casamento (atualizada) para determinar o regime de bens adotado.

Conclui-se, pois, que a ausência de autorização conjugal na formalização do aval não retira dele a validade, devendo, em casos tais, ser apenas respeitada a

meação do cônjuge que não tiver consentido ou conhecido o ato praticado, ressalvada a hipótese de ter o cônjuge obtido benefício econômico, ainda que indireto.

Tal entendimento foi refletido por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.633.399/SP, da relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, julgado este que representa um marco jurisprudencial de suma importância na preservação das relações comerciais. 

NOTAS

- 1 Segundo Marlon Tomazette, apesar das características, não se pode esquecer de analisar a efetiva intenção das partes, em vez do teor literal do título, podendo-se reconhecer efeitos em um aval dado fora de um título de crédito. Nesse caso, os efeitos não serão de aval, mas apenas aqueles que se compatibilizem com a intenção da parte.
- 2 Art. 32 da Lei Uniforme de Genebra (Decreto nº 57.663/1966): O dador de aval é responsável da mesma maneira que a pessoa por ele afiançada. A sua obrigação mantém-se, mesmo no caso de a obrigação que ele garantiu ser nula por qualquer razão que não seja um vício de forma. De o dador de aval paga a letra, fica sub-rogado nos direitos emergentes da letra contra a pessoa a favor de quem foi o dado o aval e contra os obrigados para com esta em virtude da letra.
- 3 Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva.
Art. 826. Se o fiador se tornar insolvente ou incapaz, poderá o credor exigir que seja substituído.
Art. 830. Cada fiador pode fixar no contrato a parte da dívida que toma sob sua responsabilidade, caso em que não será por mais obrigado.
Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor
- 4 Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens: [...] III - prestar fiança (arts. 178, § 9º, I, b, e 263, X);
- 5 Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251): I - praticar os atos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235);
- 6 STJ – Resp 1163074/PB, Rel Ministro MASSAMI UYEDA, Terceira Turma, julgado em: 15/12/2009, DJe 4/2/2010.
- 7 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D57595.htm. Acesso em 12 abr. 2017.

REFERÊNCIAS

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, (V. 1), 20. Ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, (V.2), 25. Ed rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- STJ – Resp 1.633.399/SP, Rel Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 01/12/2016.
- TEIXEIRA, Paulo Ricardo Goes. *Aval tem validade mesmo sem a autorização do cônjuge*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-mar-10/aval_validade_mesmo_autorizacao_conjuge. Último acesso em 12/02/2017, às 16h38.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Títulos de Crédito*, (V. 2), 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Títulos de Crédito*, (V. 2), 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125, apud Costa, Wille Duarte. *Títulos de Crédito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey.

ARQUIVO PESSOAL



ISABEL LUÍZA RAFAEL MACHADO DOS SANTOS é advogada especialista em tribunais superiores, direito público e gestão de riscos processuais. Consultora e gerente jurídica da Telebras. Pós-graduada em Direito Público e em Direito Administrativo. Atualmente, cursa LLM em Direito Empresarial pelo Ibmec.

ARQUIVO PESSOAL



WASHINGTON LUÍS BATISTA BARBOSA é mes-
trando em Direito das Relações Sociais e Traba-
lhistas, especialista em Direito Público e em Direito
do Trabalho, MBA Marketing e MBA Formação
para Altos Executivos.



Cláusula de eleição de foro estrangeiro no novo CPC

■ POR RICARDO QUASS DUARTE

“Tão importante quanto reconhecer a soberania do Judiciário brasileiro é garantir que as partes cumpram o contrato, assegurando, dessa forma, previsibilidade e estabilidade às relações comerciais.”

O comércio internacional tem motivo para comemorar a aprovação do novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016. O novo CPC contém uma regra que traz previsibilidade e segurança jurídica para partes de contratos internacionais. Em seu artigo 25, dispõe que “não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação”. Ou seja, se as partes de um contrato internacional estabelecerem que seus eventuais litígios serão resolvidos em um foro estrangeiro, o juiz brasileiro deve respeitar essa vontade e se abster de julgar eventual ação ajuizada no Brasil.

Embora não existisse regra idêntica no CPC anterior, tal fato nunca constituiu empecilho para as partes inserirem cláusula de eleição de foro estrangeiro em contrato internacional.

Em julgado de 1957, o Supremo Tribunal Federal considerou válida tal cláusula, salvo quando existir impedimento de ordem pública. No acórdão, entendeu a Suprema Corte que “se o nacional pode ter interesse em abrir mão da garantia oferecida pela lei brasileira, se aceita livremente a jurisdição estrangeira, não há como impedir essa aceitação” (Recurso Extraordinário 30.636-DF).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se, em mais de uma oportunidade, pela legalidade da cláusula de eleição de foro estrangeiro. No Recurso Especial nº 242.383-SP, o STJ decidiu ser válida a cláusula, salvo quando a lide envolver interesses públicos. Destacou-se, naquele julgado que, “no momento em que restringimos a possibilidade do foro internacional, estaremos limitando a capacidade negocial do País em um mundo que, hoje, rapidamente processa os contratos em termos supranacionais”.

Em outros julgados, contudo, o STJ entendeu que, muito embora a cláusula pudesse ser considerada válida, ela não afastaria a jurisdição concorrente do juiz brasileiro para decidir a demanda se (i) o réu for domiciliado no Brasil, (ii) a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil, ou (iii) se a ação se originar de fato ocorrido

ou de ato praticado no Brasil. Tais critérios, previstos no artigo 88 do antigo CPC, estariam fundados na soberania nacional, razão pela qual não poderiam ser afastados por vontade das partes. Assim, em havendo qualquer uma dessas hipóteses, o autor estaria livre para optar por ingressar com a demanda no foro estrangeiro ou no Judiciário brasileiro.

Embora respeitável, esse entendimento revelava-se equivocado. Em primeiro lugar, é de se indagar: se as partes de um contrato internacional têm liberdade para eleger um método extrajudicial de resolução de litígios como a arbitragem, a qual pode ter sede em qualquer país e pode ser decidida com base em equidade, por que não poderiam essas mesmas partes escolher um órgão jurisdicional estrangeiro? Quem pode o mais, pode o menos, ainda mais porque, para produzir efeitos no Brasil, as decisões proferidas em ambas as vias estão sujeitas a homologação pelo STJ.

Ademais, contratos internacionais normalmente envolvem partes sofisticadas, que convencionam sobre direitos patrimoniais disponíveis. Nesse contexto, por que não deixar que elas próprias escolham o foro em que confiam para resolver suas eventuais disputas?

Tão importante quanto reconhecer a soberania do Judiciário brasileiro é garantir que as partes cumpram o contrato, assegurando, dessa forma, previsibilidade e estabilidade às relações comerciais. Quando o Judiciário brasileiro aceita julgar uma causa, não obstante a existência de cláusula de eleição de foro estrangeiro, há inequívoca violação à segurança jurídica, pois não raramente as partes apenas decidem celebrar um determinado contrato por terem a legítima expectativa de que eventuais litígios serão decididos pelo Judiciário de determinado país. O foro estrangeiro é levado em conta, ainda, no momento em que as partes pactuam o preço e alocam seus riscos. A base econômico-financeira do contrato fica completamente desequilibrada no momento em que o demandante opta por ignorar o foro contratual estrangeiro e propor sua demanda no Brasil.

O novo CPC corrigiu essa distorção e conferiu segurança jurídica e previsibilidade às partes, assegurando-lhes que sua escolha de foro será respeitada. Algumas limitações, contudo, devem ser observadas. Em primeiro lugar, o artigo 25 fala em “contrato internacional”. Logo, o contrato deve conter elementos de conexão entre pelo menos dois países, como o domicílio das partes, o objeto (v.g. importação ou exportação de produtos) ou o pagamento feito em outro país. O foro deve ser “exclusivo”, razão pela qual é importante que a exclusividade fique consignada de forma expressa na cláusula. Há, também, que se fazer referência a “determinado negócio jurídico”, de modo que cláusulas genéricas poderão ser invalidadas. As partes não podem eleger foro para decidir questões relativas a imóveis situados no Brasil, nem para proceder à partilha de bens aqui situados, em ações de divórcio, separação judicial, dissolução de união estável, confirmação de testamento particular e inventário. Tais ações se submetem à competência exclusiva do Judiciário brasileiro, não podendo ser afastadas por vontade das partes. Por fim, a lei estabelece a possibilidade de o juiz considerar ineficaz a cláusula quando for “abusiva”. Esse controle deverá ser feito à luz do caso concreto. 



ARQUIVO PESSOAL

RICARDO QUASS DUARTE é sócio do escritório Trench Rossi e Watanabe.

O enfrentamento da sonegação pela disseminação da educação fiscal

■ POR ALLAN TITONELLI NUNES



“É preciso que a sociedade rompa com a atual cultura leniente, pois, conforme os ensinamentos de Confúcio, “o sábio envergonha-se dos seus defeitos, mas não se envergonha de os corrigir”.”

No Brasil, anualmente, perdemos em torno de 10,1% do PIB com a sonegação, o que corresponderia a R\$ 518,2 bilhões levando em conta o PIB de 2014, segundo estudos do Sinprofaz¹. Se não houvesse percentual tão alto de sonegação poderíamos ter uma carga tributária menor e até mesmo enfrentar a presente crise de forma mais eficaz.

Somente uma participação cidadã mais ativa poderá criar um envolvimento necessário para enfrentar o presente problema. Entre os direitos e deveres do cidadão podemos ressaltar a doutrina sobre o dever fundamental de pagar tributo, que tem contribuição pioneira de José Casalta Nabais², defensor de deveres do cidadão perante o Estado, os quais conduzem à existência de uma cidadania fiscal atrelada à concretização da solidariedade, o qual leciona que:

Noutros termos, o imposto não pode ser encarado, nem como um mero poder para o estado, nem simplesmente como um mero sacrifício para os cidadãos, mas antes como o contributo indispensável a uma vida em comum e próspera de todos os membros da comunidade organizada em estado.

O exercício pleno da cidadania pressuporia cumprir com os deveres, para assim os direitos serem respeitados. Entretanto, desde o absolutismo europeu a noção de Estado sofreu tantas alterações e mudanças, passando pela Revolução Francesa, que os direitos dos cidadãos se tornaram fundamentos da democracia. Hoje, inclusive, muitas vezes o conceito de cidadania e democracia se confundem. Recorde-se, nesse pormenor, das palavras de Ulisses Guimarães, ao promulgar a Constituição de 1988, chamando-a de cidadã, quando o termo também poderia ser substituído por “Constituição Democrática” sem modificar seu objetivo.

A garantia dos direitos ao cidadão tornou-se tão fundamental que a Constituição de 1988 incluiu-a entre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV), o que acabou gerando, incongruentemente, um comportamento social de afastamento do cidadão no cumprimento dos seus deveres.

Entre os deveres pode-se citar aqueles ligados à participação política, que infelizmente somente são lembrados quando há realização de eleições. A prática

política tem sido relegada a poucos, uma vez que os cidadãos em geral estão proclamando uma saturação com as ações ligadas ao modo de exercê-las. A conduta de prostração tem sido associada ao fato de correlacionarem o exercício da política à corrupção. Nada obstante, a generalização desse conceito pode estar ligada à falta do exercício de uma cidadania mais ativa do que à realidade cotidiana. Vale comparar a presente conduta com a adjetivação “idiota” em seu conceito originário, o qual advém do grego *idiotes*, que se referia ao homem privado, o qual não tomava partido das questões afetas à sociedade e do coletivo, aquele que se apresentava egoísta ou individualista.

Isaiah Berlin³ retrata esse conflito tendo como enfoque modelos de liberdade:

O perigo da liberdade antiga estava em que, atentos unicamente à necessidade de garantir a participação no poder social, os homens não se preocupassem com os direitos e garantias individuais. O perigo da liberdade moderna está em que, absorvidos pelo gozo da independência privada e na busca de interesses particulares, renunciemos demasiado facilmente a nosso direito de participar do poder político.

Renato Janine Ribeiro⁴ faz uma metáfora entre o trânsito e nossas condutas sociais para explicar antropologicamente a questão ao lecionar que:

É possível dizer que, entre nós, a lei tinha – e infelizmente conserva – um papel indicativo, mais que normativo: ela funcionava como um ideal que gostaríamos de ver aplicado, mas com o qual nosso compromisso era frouxo. Ou talvez: a lei deveria aplicar-se aos outros, não a nós. [...] O mesmo vale para o trânsito: sempre esperamos que os demais motoristas cumpram as leis, quando estas nos beneficiam, mas muitos se recusam à necessária reciprocidade, desobedecendo ao Código quando isso lhes pode conferir alguma vantagem, mínima que seja, como alguns meros segundos.

O individualismo em confronto com o coletivo é um tema recorrente desde os primórdios da vida em sociedade. Para Hobbes, o individualismo seria uma característica inata do ser humano, então como vencer esse egoísmo para construir-se uma convivência coletiva harmônica?

Enfrenta-se esse paradigma com o propósito de apresentar propostas para superar a dicotomia da conduta do cidadão de, ao mesmo tempo que cobra do Estado a prestação dos serviços (direitos), deixar de cumprir com o dever básico de contribuir, configurando a prática sonegadora.

Resgata-se o texto de Renato Janine Ribeiro para aplicar um arquétipo ético que deveria servir como um padrão de conduta⁵:

Difícilmente poderíamos enunciar hoje uma ética sem partir da proposta de Kant: que os atos de cada sujeito, em matéria ética, sejam o que exprime seus valores; que cada um se responsabilize por suas ações e que delas se extraiam todas as consequências. Ora, é exatamente esse caráter *recíproco* dos direitos e deveres que ainda faz falta na sociedade brasileira. A célebre frase – “para os amigos, tudo, para os inimigos a lei” – e variações em torno dela deixam clara essa posição. [...] Em suma, há séculos que na Inglaterra a lei é *patrimônio* da sociedade, enquanto para nós ela parece um ônus a pesar sobre os indivíduos

menos afortunados; lá, ela é uma promessa, aqui, uma ameaça; lá, ela é bem, um ativo, um *asset*; aqui, corre o risco de criar *liabilities*, de ser um empecilho, um estorvo.

A citação a Immanuel Kant feita por Janine busca extrair os conceitos lançados pelo pensador sobre o imperativo categórico que, em síntese, pode-se afirmar como normas de condutas que deveriam respeitar três fórmulas: “Procede apenas segundo aquela máxima, em virtude da qual podes querer ao mesmo tempo que ela se torne em lei universal”; “Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio”; “agir somente segundo uma máxima tal que a vontade possa, mercê de sua máxima, considerar-se como promulgadora de uma legislação universal”.⁶

Esse agir, segundo as normas universais, contribuiria para o cidadão pensar mais coletivamente. Da mesma forma, a educação na qualidade de forma corretiva para o cidadão se adequar à vida em sociedade é um dos elementos da doutrina de Émile Durkheim.

A partir desse princípio educacional, que inclui deveres de transparência e de cidadania, deveria se formar a interação entre o Estado e o cidadão para esclarecer o verdadeiro papel da tributação e a nocividade da sonegação, pois quando todo mundo paga, todos acabam pagando menos.

É bem verdade que algumas iniciativas nesse sentido já pavimentaram caminhos, como a lei da transparência, a informação da tributação nos produtos e serviços, a nota legal e outras medidas que colaboram para aclarar o convencimento. Há mais propostas que podem ser realizadas em complemento, como o constrangimento público de uma listagem contendo todos os sonegadores, o que possibilitará ao contribuinte cobrar uma maior responsabilidade social dos setores sonegadores. Nesse sentido, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acaba de disponibilizar uma nova listagem de devedores em seu site, onde, entre as justificativas traçadas, explora justamente a temática aqui abordada, assim⁷:

Já está disponível no site da PGFN nova versão da lista de devedores. Houve várias alterações em relação ao sistema anterior, como a inclusão dos devedores de FGTS, a possibilidade de consulta dos devedores por Estado, Município e atividade econômica, bem como a inclusão de novas faixas de valor. Agora é possível, por exemplo, identificar os devedores de FGTS do município de Sorocaba-SP que atuam no setor de construção de edifícios.

A inclusão do filtro de faixa de valor acima de R\$ 1 bilhão aponta os maiores devedores da União e do FGTS, revelando o terrível impacto que causam às finanças públicas e à sociedade como um todo.

Cobrança indireta e controle social

A Lista de Devedores funciona como um mecanismo de cobrança indireta dos débitos com a União e o FGTS. A exposição da empresa numa lista pública de devedores prejudica sua imagem junto aos consumidores, motivando o empresário a regularizar sua situação perante a Fazenda Nacional, seja através de um parcelamento ou do pagamento à vista.

Além disso, a divulgação dos devedores impulsiona o controle social e o consumo consciente, permitindo ao cidadão optar por adquirir bens ou serviços de empresas que cumprem suas obrigações trabalhistas e fiscais.

Violação à livre concorrência.

A inclusão do filtro “CNAE” (Classificação Nacional de Atividade Econômica) revela algo pouco abordado no Brasil, que é o prejuízo que a sonegação fiscal causa à livre concorrência. Em setores de acirrada concorrência, como a indústria de fabricação de automóveis, a presença de empresas com débitos de centenas de milhões de reais prejudica todo o mercado, uma vez que passam a gozar de uma vantagem sobre os concorrentes baseada num ato ilícito.

Ressalta-se que não estão incluídos na lista débitos parcelados ou cuja exigibilidade esteja suspensa por decisão judicial.

De toda forma, o ideal seria formatar um plano governamental para uma grande campanha de educação fiscal, na qual poderia ser trabalhado muitas variantes do mesmo problema. No mesmo sentido, o Sinprofaz, quando presidido pelo presente autor, lançou em 2013 campanha chamada sonegômetro, que tem como mote justamente esse debate qualificado.

Criar mecanismos que promovam uma maior participação do cidadão em relação à tributação, como o “orçamento participativo” (com a definição de quem vai pagar a conta ou como será aplicado o dinheiro arrecadado) contribui para disseminar uma cidadania mais integrada, a qual faz com que o cidadão exerça papel político de cogestor da coisa pública, comportamento esperado no Estado Democrático de Direito.

Tomando como referência o estímulo a ações voltadas para a cidadania, que é um dos objetivos fundamentais da República (art. 1º, § 2º, da CF/88), a instituição de uma recompensa a quem identificar práticas sonegadas seria uma medida interessante, ajudando a difundir os deveres de todos perante o Estado e a coletividade, fator que contribui para gerar uma noção cidadã de que todos devem zelar pela coisa pública.

O pagamento de recompensa a quem contribuir para o esclarecimento de ilícitos é uma praxe antiga nos países da *common law*. Nos EUA, a recompensa é paga se o cidadão comprovar através de ação judicial a ocorrência da prática fraudulenta, em que o governo pode aderir. A medida é fruto de iniciativas para impedir fraudes.

Ainda explorando propostas no campo das recompensas, com o intuito de pagar a cidadania e tornar menos negativa a tributação, a instituição de desconto para o pagamento de todas as modalidades de tributo seria uma forma de tornar mais atrativa essa relação entre o poder do Estado e o dever do cidadão.

A necessidade de tornar a tributação mais atrativa tem feito parte de estudos sobre a racionalidade e sustentabilidade da tributação. Há evidências de que a adstringência do Estado aos propósitos estritamente fiscais/arrecadatários tem aumentado a resistência à tributação. Em compensação, medidas que promovam o desenvolvimento econômico em equilíbrio com a preservação do meio ambiente ou outra causa alternativa têm gerado cada vez mais aceitação perante a sociedade. Esse conceito de intervenção do Estado na economia, respeitando um desenvolvimento sustentável, está inserido no art. 170, III e VI c/c art. 225 da Constituição Federal de 1988.

Observa-se uma tendência de mitigação da finalidade estritamente fiscal do tributo como mecanismo de arrecadação para manutenção do Estado, em substituição a uma influência maior da extrafiscalidade como forma de tributação.

A extrafiscalidade do tributo desnatura o caráter eminentemente arrecadatório, constituindo-se em hipótese que privilegia os fins sociais a que se destinam os interesses da coletividade, pretendendo financiar, promover ou coibir certas atividades, o que tem gerado melhor aceitação, provocando menor resistência.

Para implementar o desiderato aqui tratado pode-se utilizar algumas das metodologias da matriz de negociação, demonstrando as perspectivas de ganhos mútuos (ganha-ganha) com as soluções apresentadas, quer seja pelo fato de que quando todo mundo paga, todos acabam pagando menos, ou pela possibilidade de diminuir a carga tributária se a sonegação se tornar menor, uma vez que mais recursos estarão disponíveis para o Estado. Até porque a sonegação é mais prejudicial aos menos favorecidos, pois o topo da pirâmide econômica é responsável pela maior parte da sonegação no país. Dados da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional revelam que os 500 maiores devedores (os quais estão no topo da pirâmide de concentração de renda, estando entre eles doleiros e proeminentes empresários) acumulam 37% de tudo o que a União espera receber⁸.

Ante ao exposto, é preciso que a sociedade rompa com a atual cultura leniente, pois, conforme os ensinamentos de Confúcio, “o sábio envergonha-se dos seus defeitos, mas não se envergonha de os corrigir”. 

NOTAS

- 1 Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional (Sinprofaz). *Sonegação no Brasil – Uma Estimativa do Desvio da Arrecadação do Exercício de 2014*. Disponível em: <<http://www.quantocustoabrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil%E2%80%9393uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2014>> Acesso em: 08 jun. 2015.
- 2 NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 185.
- 3 BERLIN, Isaiah. Da Liberdade dos Antigos, comparada à dos Modernos. *Filosofia Política*, n. 2, 1985. Disponível em: <<http://www.caosmose.net/candido/unisininos/textos/benjamin.pdf> > Acesso em: 27 jan. 2016.
- 4 RIBEIRO, Renato Janine. É Possível Superarmos a Cultura das Transgressões?. In: CARDOSO, Fernando Henrique e ABDENUR, Roberto (coord.). *Cultura das Transgressões no Brasil: Cenários do Amanhã*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95-96.
- 5 RIBEIRO, *op. cit.*, 2011, p. 109.
- 6 PASCAL, Georges. *O pensamento de Kant*. Trad. Raimundo Vier. 2. ed. Petrópolis: Vozes. 1985, p. 121-124.
- 7 Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN). *PGFN disponibiliza nova versão da Lista de Devedores*. Brasília: 2016. Disponível em: < http://www.pgfn.fazenda.gov.br/noticias_carrossel/pgfn-disponibiliza-nova-versao-da-lista-de-devedores> Acesso em: 14 jun. 2016.
- 8 MINISTÉRIO DA FAZENDA (MF). Dívida Ativa da União. Lista com 500 maiores devedores, outubro de 2015. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/clientes/portalmf/portalmf/area-destaques/divida-ativa-da-uniao-500-maiores-contribuintes/at_download/arquivo> Acesso em: 01/11/2015.



ALLAN TITONELLI NUNES é procurador da Fazenda Nacional, especialista em Administração Pública pela FGV, especialista em Direito Tributário pela Unisul, ex-presidente do Fórum Nacional da Advocacia Pública Federal do Sinprofaz.

A anistia ao caixa dois em eleições à luz da Constituição Federal

■ POR JAIR JOSÉ PERIN

“Não é possível ser feita emenda constitucional pelo poder constituinte derivado com intuito de agredir ou fragilizar os princípios específicos norteadores de todo o processo eleitoral brasileiro. Visualiza-se que somente é possível extrair da Constituição Federal que a lei pode dispor a respeito da proteção à inviolabilidade da legitimidade do sufrágio para escolha dos representantes, nada para afrontar e desconsiderar. Se isso ocorrer, haverá atentado não aceitável constitucionalmente à soberania popular.”

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados, municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, o pluralismo político, destacando que todo o poder emana do povo, seja de forma direta ou por meio de representantes eleitos.

Essa previsão constitucional nada mais é do que a consagração da máxima de que num Estado Democrático de Direito vige a regra de que todo o poder emana do povo, pelo povo e para o povo.

Também fixa a Constituição Federal brasileira, no artigo 14, a fim de robustecer e assegurar o fortalecimento desse Estado Democrático de Direito, dentre outras disposições, o seguinte:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

[...]

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de

mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Considerando ser da essência do Estado Democrático de Direito, é estabelecido no artigo 60, § 4º, do Texto Constitucional que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico”. Ou seja, não é possível ser feita emenda constitucional pelo poder constituinte derivado com intuito de agredir ou fragilizar os princípios específicos norteadores de todo o processo eleitoral brasileiro.

Merece reflexão a possibilidade de vingar a conformação à Constituição Federal de eventual lei no sentido de anistiar caixa dois (recursos não contabilizados) em campanhas eleitorais.

Ao que parece, tal possibilidade fica bastante comprometida quando se analisa os princípios norteadores do nosso Estado Democrático de Direito, em especial os explicitados acima, porquanto conduzem à compreensão de que a representação popular somente é legítima quando houver formas de coibir práticas lesivas à soberania popular, sob pena de ser legitimado, em desconformidade com o comando constitucional, representantes que não concorreram pelas regras e condições transparentes.

Visualiza-se que somente é possível extrair da Constituição Federal que a lei pode dispor a respeito da proteção à inviolabilidade da legitimidade do sufrágio para escolha dos representantes, nada para afrontar e desconsiderar. Se isso ocorrer, haverá atentado não aceitável constitucionalmente à soberania popular.

Outrossim, por pertinência, cabe refletir se é possível eventual desconstitucionalização do processo eleitoral e, com isso, superar o óbice acima apresentado. Ao que parece, essa hipótese ventilada não poderá ser levada a efeito em toda a sua extensão, porquanto a própria emenda constitucional conduzida pelo poder constituinte derivado poderá sofrer da pecha de não conformação com as cláusulas pétreas explícitas e implícitas, emanadas do poder constituinte originário, protetoras da legitimidade do exercício da representação da cidadania brasileira, via parlamentares eleitos pelo sufrágio universal.

Por ser da essência do Estado Democrático de Direito, a legitimidade dos representantes eleitos é *conditio sine qua non* para o exercício do mandato popular. Significa dizer que é a força gravitacional apta a garantir que o Estado Democrático de Direito possa subsistir e implementar as demais normas regedoras da sociedade politicamente organizada.

Em suma, entende-se que eventual lei anistiando o caixa dois (recursos não contabilizados), mesmo após emenda para desconstitucionalização do processo eleitoral, pode sofrer pela pecha da inconstitucionalidade. 



A importância da ética e dos controles internos nas empresas

■ POR ANDRÉ ALMEIDA RODRIGUES MARTINEZ

Com o advento da Lei nº 12.846, de 2013 (“Lei Anticorrupção”), a palavra da língua inglesa *compliance* – “conformidade”, em português – parece ter sido inserida definitivamente ao vocabulário dos empresários brasileiros.

Isso porque a lei, ao tratar da aplicação das sanções administrativas e judiciais em relação às pessoas jurídicas, trouxe a possibilidade da concessão de benefício às empresas que possuem área de *compliance* devidamente estruturada, como veremos adiante.

Vale lembrar que se dá o nome de *compliance* ao conjunto de mecanismos e procedimentos voltados à proteção da integridade e da ética da empresa, com o incentivo institucional à denúncia de irregularidades para apuração e punição.

Ocorre que o conceito do que podemos chamar de uma cultura de *compliance* não é novo entre nós, como podem pensar alguns.

No Brasil, desde setembro de 1998, com a publicação da Resolução nº 2.554 do Bacen, incorporaram-se aqui as regras trazidas da Europa (Comitê da Basileia para Supervisão Bancária, 1975), e dos Estados Unidos da América (SEC – Securities and Exchange Commission, 1934), onde já existia a filosofia de *compliance*.

Pouco antes, em 1997 o Comitê da Basileia, do qual o Brasil participa, havia lançado princípios para uma “supervisão bancária eficaz” (*Core Principles for Effective Banking Supervision*), os quais deveriam ser aplicados por todos os integrantes daquele órgão de cooperação e supervisão bancária internacional. Já em março de 1998 foi publicada no Brasil a Lei nº 9.613, conhecida como a Lei de Combate aos Crimes de “Lavagem” de Dinheiro.

Além da sua importância penal, a nova lei cuidou de criar entre nós o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), órgão da administração pública federal no âmbito do Ministério da Fazenda, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas.

Na Lei nº 9.613/1998 e nos princípios do Comitê da Basileia podemos encontrar, portanto, a gênese da Resolução nº 2.554/1998, que obrigou os bancos brasileiros a criar estruturas e mecanismos efetivos de controles internos e de riscos.

“Quanto mais ética e em conformidade às leis e regulamentos estiver, de fato, a empresa, menor poderá ser a sanção a ela imposta. Ademais, aliado ao fator legislativo, contribuíram para a expansão do *compliance*, infelizmente, os escândalos ético/políticos pelos quais o Brasil vem passando.”

No campo prático, o cumprimento das obrigações impostas na Resolução mostrou-se uma tarefa desafiadora. Num primeiro momento (anos 1999/2000), as instituições financeiras foram obrigadas a criar em seus organogramas áreas específicas de *compliance*, capacitando os responsáveis por referidas áreas.

Foram elaborados então códigos de ética, cartilhas de conduta no atendimento aos clientes, treinamentos em agências, análise matricial de riscos operacionais e de mercado, entre outras tarefas. Sem falar na inauguração de uma nova era cultural, sempre voltada para a ética e para a completa atenção à conformidade de todos os atos e contratos às leis e demais normas aplicáveis ao ramo de atividade financeira.

Tem-se, pois, que o conceito, a noção e mesmo a existência da área específica de *compliance* no sistema financeiro brasileiro ocorreu 14 anos antes da entrada em vigor da “Lei Anticorrupção”. Portanto, nada de novo no conceito de *compliance* hoje se observa, ainda que agora aplicado a um leque muito mais vasto atividades e com técnicas mais novas.

Também outras empresas, fora do segmento financeiro foram paulatinamente incorporando em suas estruturas pessoas responsáveis pelo *compliance*, mesmo antes da Lei nº 12.846/2013.

O que não havia antes de 2014 em relação ao *compliance*, e isto sim vem com razão despertando o interesse do empresariado brasileiro, eram os benefícios que podiam ser obtidos com a implementação daquela cultura ética e de controles internos (pois as sanções poderiam ser menores se a empresa estivesse cumprindo aquele paradigma de comportamento).

Está prevista na Lei Anticorrupção uma espécie de análise da “conduta social” e da “personalidade” da empresa, método que o legislador de 2013 optou em quase simetria ao sistema de aplicação de sanções do art. 59 do Código Penal.

Dito de outra forma, quanto mais ética e em conformidade às leis e regulamentos estiver, de fato, a empresa, menor poderá ser a sanção a ela imposta. Ademais, aliado ao fator legislativo, contribuíram para a expansão do *compliance*, infelizmente, os escândalos ético/políticos pelos quais o Brasil vem passando.

Leia-se aqui, sobretudo, operação Lava Jato, dentre outras conduzidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal, sob o crivo do Judiciário.

Como consequência, estamos experimentando o bem vindo aumento em progressão geométrica da implantação das áreas de *compliance* nas empresas brasileiras. Mas não se trata de uma novidade conceitual, uma vez que a cultura de *compliance* já existe oficialmente no Brasil há anos. 



ANDRÉ ALMEIDA RODRIGUES MARTINEZ é procurador da Fazenda Nacional, ex-superintendente de *compliance* do Banco Itaú, bacharel em Direito pela USP, com especialização em Direito Empresarial (PUC/SP) e em Direito Constitucional (Unisul).



É correto criminalizar a doação legal?

■ POR WALBER DE MOURA AGRA

Chamou a atenção de todos os operadores jurídicos o recebimento, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, da denúncia realizada pela Procuradoria-Geral da República contra o senador Raupp, em decorrência da doação oficial de R\$ 500 mil pela construtora Queiroz Galvão a sua campanha para o Senado em 2010, sob a alegação de que seria “propina disfarçada” e teria origem no esquema de corrupção instalado na Diretoria de Abastecimento da Petrobrás.

O que notabilizou o mencionado fato jurídico foi que a doação ter sido lícita, registrada tanto pelo doador quanto pelo donatário, seguindo todas as obrigações devidas. Ou seja, o mencionado numerário proveio de uma conta específica da campanha; dentro dos limites estipulados para as pessoas jurídicas (as empresas apenas foram impedidas de doarem em abril de 2014, em decorrência da ADI 4650/DF); comprovado através da emissão de um recibo eleitoral, assinado pelo doador e com a especificação do valor doado; com a menção dessa operação na prestação de contas, a qual foi aprovada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Então, depois de longo tempo do trânsito em julgado da aprovação de contas, calcado em meros indícios, resolve o STF aceitar uma denúncia que se baseia em ilações, como se elas fossem um *a priori* kantiano. Alegou-se, igualmente baseado

em suposições, que o parlamentar deveria ter ciência da “possível” ilicitude da doação e que haveria um pacto para o malbaratamento do erário.

Parte-se do postulado kafkaniano de que um cidadão tem a obrigação – não legal, mas jurisprudencial – de saber a origem do dinheiro que está recebendo para sua campanha eleitoral. Não basta seguir todos os parâmetros ofertados pela legislação, mas necessita-se perscrutar, como uma pitonisa, a origem do dinheiro arrecadado. Dessa forma, mesmo sem dolo e sem possibilidade alguma de obtenção de elementos mínimos de conhecimento acerca da gênese financeira dos recursos, imputa-se uma exigência que é impossível de ser satisfeita.

Partindo-se do pressuposto de que o dinheiro proveio de uma fonte ilícita, como se pode provar que o parlamentar tinha consciência dessa condição? A legislação

“Configura-se preocupante, em um país dotado de uma Constituição Cidadã, o ultraje às garantias constitucionais e a quebra casuística do princípio da legalidade. Esse moralismo exacerbante que sufoca a sociedade brasileira é deveras perigoso, à medida que a segurança jurídica e os fundamentos da República são cerceados.”

o obriga a investigar a origem do numerário doado? Obviamente, não! O que se está tentando é uma alquimia jurídica, impondo uma obrigação baseada exclusivamente na vontade do inquiridor, quase um Torquemada, que pela voracidade em acusar faz com que Beccaria se transforme em um revolucionário do século XXI.

Não se trata pura e simplesmente da flexibilização do princípio da presunção de inocência, que pode ser até defensável em determinadas situações. Mas significa a entronização do princípio da presunção da culpabilidade, em que mesmo sem a existência de provas permite-se a abertura de processo judicial contra um cidadão com base em indícios, sem maior análise fática, não obstante essa decisão contrariar os fundamentos de um acórdão que analisou exaustivamente os gastos da campanha.

Atualmente, assiste-se a uma triste tentativa de criminalizar vários aspectos da política, tornando-a uma atividade quase abjeta. A questão que se avoluma é que não existe democracia sem política. Quando se despreza a discussão sobre a organização da *polis*, abre-se a porta para o arbítrio e para os regimes ditatoriais, que faz com que a sociedade retorne ao seu estado de barbárie.

Configura-se preocupante, em um país dotado de uma Constituição Cidadã, o ultraje às garantias constitucionais e a quebra casuística do princípio da legalidade. Esse moralismo exacerbante que sufoca a sociedade brasileira é deveras perigoso, à medida que a segurança jurídica e os fundamentos da República são cerceados. Deve-se chamar a atenção para que esse jacobinismo moral não repita as lições da história, onde o seu próprio mentor, Ropesbierre, terminou padecendo, sem o justo devido processo legal, da guilhotina que tanto defendeu. 



WALBER DE MOURA AGRA é Pós-Doutor em Direito pela Université Montesquieu Bordeaux IV. Professor da Faculdade de Direito do Recife. Procurador do Estado. Advogado.

A efetivação da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito à saúde

■ POR GERARDO HUMBERTO ALVES SILVA JUNIOR

A efetivação do direito à saúde passa, necessariamente, por questionamentos sobre a viabilidade de intervenção do Poder Judiciário e, mais ainda, acerca das medidas a serem adotadas em caso de descumprimento de pronunciamento judicial.

Nesse aspecto, conforme será demonstrado, entendemos que o Poder Judiciário deve garantir especial proteção aos valores fundamentais da República, sem que o seu agir configure indevida intromissão em outro poder.



“É evidente que se espera, diante do estado de democracia constitucional, o imediato cumprimento do pronunciamento judicial. Porém, em caso de anomalia do sistema, o juiz deve adotar medidas com força suficiente para resguardar a jurisdição e o direito reconhecido em favor do cidadão.”

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR FUNDANTE DA REPÚBLICA

O papa Paulo VI, na carta apostólica *Octogésima Adveniens*¹, de 14.5.1971, assevera:

A pessoa humana é e deve ser o princípio, o sujeito e o fim de todas as instituições sociais. Todo o homem tem direito ao trabalho, à possibilidade de desenvolver as próprias qualidades e a sua personalidade no exercício da profissão abraçada, a uma remuneração equitativa que lhe permita, a ele e à sua família, ‘cultivar uma vida digna no aspecto material, social, cultural e espiritual’, à assistência em caso de necessidade, quer esta seja proveniente de doença ou da idade.

Os ideários social e político da Igreja Católica têm como fundamento o humanismo cristão, o qual coloca a pessoa humana como núcleo central da vida e do poder social.

Tal fundamento remonta, entre outros aspectos históricos, a fórmula de Abraham Lincoln (1809-1865), quando no famoso discurso de Gettysburg, em 19.11.1863, invocou os princípios da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América ao afirmar que os poderes dos Estados não podem se sobrepor ao “governo do povo, pelo povo e para o povo”, afirmando ainda que:

Cumpre-nos, antes, a nós, os vivos, dedicarmo-nos hoje à obra inacabada até este ponto tão notavelmente adiantada pelos que aqui combateram. Antes, cumpre-nos a nós, os presentes, dedicarmo-nos à importante tarefa que temos pela frente – que estes mortos veneráveis nos inspirem a uma maior devoção à causa pela qual deram a última medida transbordante de devoção – que todos nós aqui presentes solenemente admitamos que esses homens não morreram em vão, que esta Nação, com a graça de Deus, renasça na liberdade, e que o governo do povo, pelo povo e para o povo jamais desapareça da face da Terra.

No Brasil, a importância da dignidade da pessoa humana somente se fez presente a partir² da Constituição Federal de 1967³. Ela relacionava-se com a ordem econômica como condição para realizar a justiça social, com base nos princípios, entre outros, da valorização do trabalho conforme a condição da dignidade humana⁴.

Sobre a dignidade da pessoa humana, Daniel Sarmiento (2002, p. 59-60) aduz que:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico [...] pode ser dito que o princípio em questão é o que confere unidade de sentido e valor ao sistema constitucio-

nal, que repousa na ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado.

A Constituição Federal de 1988 revolucionou esse paradigma e colocou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, aliado ao fato de que se inspirou na fórmula de Abraham Lincoln ao afirmar que “todo o poder emana do povo”, e aquele que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.⁵

De acordo com J. J. Gomes Canotilho (2012, p. 225):

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve aos aparelhos político-organizacionais. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de *homo noumenon* justificará a conformação constitucional da República Portuguesa na qual é proibida a pena de morte (art. 24) e a prisão perpétua (art. 30/1). A pessoa ao serviço da qual está a República também pode *cooperar* na República, na medida em que a pessoa é alguém que possa assumir a condição de *cidadão*, ou seja, um membro normal e plenamente cooperante ao longo da sua vida. Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundivisional, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de ‘verdades’ ou ‘fixismos’ políticos, religiosos ou filosóficos. O republicanismo clássico exprimia esta ideia através dos *princípios da não identificação e da neutralidade*, pois a República só poderia conceber-se como *ordem livre* na medida em que não se identificasse com qualquer ‘tese’, ‘dogma’, ‘religião’ ou ‘verdade’ de compreensão do mundo e da vida. O republicanismo não pressupõe qualquer doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente (J. Rawls).

Entendemos que diante da importância e magnitude da dignidade da pessoa humana como valor fundamental, sujeito e fim das instituições sociais da República, ele deveria estar no inciso I do art. 1º da Constituição Federal. Na verdade, bastava que a República se fundamentasse na dignidade da pessoa humana, pois sem a sua especialíssima proteção não há como falar em soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ou mesmo do pluralismo político.

Como exemplo, citamos a Lei Fundamental da Alemanha⁶, de 1949, quando estabelece em seu art. 1º que:

Art. 1º [Dignidade da pessoa humana – Direitos humanos – Vinculação jurídica dos direitos fundamentais]

- (1) A dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.
- (2) O povo alemão reconhece, por isto, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.
- (3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam nos poderes legislativo, executivo e judiciário.

De qualquer forma, entendemos que a instituição de um Estado Democrático, destinado a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”⁷, impõe em seu núcleo a dignidade da pessoa humana como valor fundante da República.

Peter Häberle (2009, p. 49), ao tratar da importância da dignidade da pessoa humana na constituição, afirma que:

[...] uma Constituição que, de início, menciona a dignidade humana como um dos seus princípios supremos, deve-se preocupar com essa dignidade, seja como um objetivo pedagógico – desde as escolas até regulamentação de atividade de radiodifusão – ainda que o objetivo pedagógico não esteja explicitamente mencionado no texto constitucional. A Constituição assume esse compromisso a si própria ao prever textualmente a dignidade humana.

A esse valor fundante se liga outro, o da cidadania, não como mera concepção de direitos políticos frente ao Estado, pois vai além e trata o cidadão como ponto central e fundamental da República.

De acordo com Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 525-526):

Efetivamente, o *Estado Democrático de Direito* é princípio fundamental que reúne os princípios do *Estado de Direito* e do *Estado Democrático*, não como simples reunião formal de seus respectivos elementos, tendo em vista que revela um *conceito novo* que os supera, mas como providência de transformação do *status quo* e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que todo o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo, com o reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana.

Ao tratar do tema, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 171) asseveram que:

Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se *democrático* aquele Estado de Direito que se empenhe em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.

É possível afirmar que a existência da pessoa humana com dignidade demanda, necessariamente e de forma inevitável, assegurar o pleno exercício dos direitos fundamentais. De acordo com Immanuel Kant (2007):

O homem, e de uma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como um fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como um fim*.

A Corte Constitucional da Alemanha assevera que a dignidade da pessoa humana é considerada de valor superlativo, não podendo ser contrapesada com outros

valores ou bens constitucionalmente protegidos, não se aplicando ao critério da proporcionalidade.

Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 151-152) lecionam que:

Em palavras do próprio Alexy, o princípio da dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixe de comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições (...) a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma.

Daniel Sarmento (2002, p.76), ao discordar de Alexy, aduz que:

Quando este afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ceder, em face da ponderação com outros princípios em casos concretos. [...] reiteramos nosso entendimento de que nenhuma ponderação de bens pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem.

A pessoa humana é, conforme afirmado alhures, o princípio, o sujeito e o fim das instituições sociais. O ordenamento jurídico de um país não confere a dignidade à pessoa humana, pois ela é inerente ao próprio ser humano, sendo certo que sua dupla função consiste em: (i) conduta omissa, com o fim de não violar a dignidade humana; (ii) conduta ativa, de forma a proteger a dignidade humana.

A intenção deste discurso caminha no sentido de afirmar que a dignidade da pessoa humana consiste no valor fundante da República Federativa do Brasil, formando em relação a ele um núcleo, que deve ser respeitado e protegido pelo Estado.

Nesse núcleo, temos o direito à vida. A proteção à dignidade da pessoa humana demanda, inevitavelmente, a proteção do direito à vida. É certo que, dentre os valores constitucionais protegidos no art. 5º, o primeiro deles, e não poderia ser diferente, é a da inviolabilidade do direito à vida⁸.

O art. 4º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê especial proteção do direito à vida:

1. Toda pessoa tem o direito de que respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Ao tratar do direito à vida Francisco Fernandez Segado (1997, p. 210) assevera que “o primeiro direito, o mais fundamental de todos o *prius* de todos os demais”. Esse direito apresenta três possibilidades: (i) direito de defesa do indivíduo frente ao Estado ou ao particular, sendo proibida a prática de qualquer ato que o viole; (ii) obrigação de o Estado garantir com a máxima efetividade sua proteção; (iii) proteção aos elementos imateriais da pessoa, seu pleno exercício espiritual.

Por sua vez, não é demais ressaltar que o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm a aplicação imediata, a exemplo da Lei Fundamental da Alemanha:

(3) Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 643) leciona que:

Firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concreta, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.

Em relação à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais F. Müller (2005, p. 78-79) assevera que “eles carecem de critérios materiais de aferição os quais podem ser tornados plausíveis a partir do seu próprio teor normativo, sem viver à mercê das leis ordinárias”.

Em síntese, o direito à vida é a essência e a base material da dignidade da pessoa humana. E como consectário lógico do direito à vida se liga o direito de manter-se vivo, com atuação do Estado na proteção, entre outros, do direito social à saúde.

Dentre os direitos sociais estabelecidos no art. 6º da Constituição Federal⁹ trataremos de forma específica do direito à saúde. Como afirmado alhures, o direito à vida e o direito de manter-se vivo mantém relação incondicional com o direito à saúde.

Nesse tema, socorremo-nos à teoria dos quatro *status*, de Georg Jellinek, citado por Paulo Thadeu Gomes da Silva (2010, p. 98), quais sejam: i) *status subjectionis* – passivo; ii) *status activus civitates* – ativo; iii) *status libertatis* – negativo; iv) *status civitates* – positivo.

O Supremo Tribunal Federal aplicou a teoria dos quatro *status* de Jellinek ao julgar o Recurso Extraordinário nº 598.099 / Mato Grosso do Sul, que tratava do direito à nomeação a cargo público de pessoa aprovada dentro do número de vagas previstas no edital:

Nesses termos, a acessibilidade aos cargos públicos constitui um direito fundamental expressivo da cidadania, como bem observou a Ministra Cármen Lúcia na referida obra. Esse direito representa, dessa forma, uma das faces mais importantes do *status activus* dos cidadãos, conforme a conhecida ‘teoria dos status’ de Jellinek (trecho do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes).

A Suprema Corte reconheceu, nesse caso, que o edital do concurso com número específico de vagas e o ato da Administração Pública, o qual declara os aprovados, cria um dever de nomeação e, portanto, direito à nomeação. Em síntese, trata-se,

conforme afirmado pelo relator, da aplicação do *status activus* do cidadão, o direito de exigir prestações positivas do Estado.

No caso do direito social à saúde a situação jurídica torna-se ainda mais evidente, uma vez que a Constituição Federal estabelece em seu art. 196 que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal, e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Considerando que a saúde é um direito social, inerente a todos e dever do Estado, é certo que a própria Constituição Federal obrigou a formulação e execução de políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Estado deve agir positivamente com o fim de: (i) promover ações e serviços de saúde; (ii) proteger a saúde, com redução do risco de doenças e de outros agravos; (iii) adotar ações de recuperação da saúde. O cidadão, por sua vez, com fundamento em seu *status activus* tem o direito de exigir do Estado a prática dessas ações¹⁰.

O ministro Celso de Mello, ao relatar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/ Rio Grande do Sul, afirmou que:

Cumprir não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem como destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro (JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, 'Comentários à Constituição de 1988', vol VIII/4332-4334, item n. 181, 1993, Forense Universitária) – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob a pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

E continua o ministro Celso de Mello, ao afirmar que “o direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida”, posição à qual nos filiamos. O direito à saúde enseja a efetiva aplicação do art. 196 da Constituição Federal, sob pena de grave omissão inconstitucional.

A intenção deste discurso é demonstrar que a dignidade da pessoa humana, como valor fundante da República, tem em seu núcleo material a especial proteção da vida, a qual na perspectiva do direito à saúde garante ao cidadão a possibilidade de exigir do Estado ações efetivas não só para evitar o risco de doenças ou outros agravos, mas também com o fim especial de proteção a partir da prática de atos que visem ao tratamento e recuperação em caso de doença.

O PODER JUDICIÁRIO E A ESPECIAL PROTEÇÃO DOS VALORES FUNDAMENTAIS DA REPÚBLICA

O ministro Celso de Mello, ao julgar a ADPF nº 45/DF, asseverou, *obiter dictum*, que:

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. [...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Para Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (2000, p. 59-97):

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de políticas públicas implementadas e discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. [...] As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.

Nesse sentido, o ministro Celso de Mello, ao relatar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 727.864/Paraná, asseverou que:

Impende assinalar, contudo, que a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.

É certo que o Poder Judiciário deve implementar políticas públicas com assento constitucional e essenciais para a eficácia de direitos fundamentais quando os órgãos administrativos competentes forem omissos, sem que ocorra violação ao postulado da separação dos poderes¹¹.

Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 749) assevera ainda que:

Ademais, deve e pode o Ministério Público, através de ação civil pública, provocar a atuação do Judiciário no controle da omissão total ou parcialmente inconstitucional do poder público na implementação das ações e serviços de saúde, caso verifique, por exemplo, que o município não está concretizando o seu dever constitucional de assegurar o direito em questão, em face da inexistência ou deficiente prestação dos serviços públicos de saúde para a comunidade local, forçando que os munícipes se desloquem para outros municípios ou outros Estados à procura de atendimento médico-hospitalar.

Com efeito, conforme Alland o Estado constitucional deve ser um *Estado com qualidades*. Nesse Estado é garantido o pleno acesso ao sistema judiciário com o fim de que o cidadão assegure e dê efetividade aos seus direitos.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho (2012, p. 100):

O Estado constitucional é 'mais' do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para 'travar' o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político.

Os direitos fundamentais servem como blindagem contra os ataques do poder, e a República se relaciona, necessariamente, com a concepção de função pública e cargos públicos vinculados a prossecução dos interesses públicos e do bem comum (CANOTILHO, 2012, p. 227).

J. J. Gomes Canotilho (2012, p. 275-278) aduz que o princípio da garantia da via judiciária consagra dimensões materiais, funcionais e organizatórias. Segundo o autor, é possível afirmar que: (i) a imposição da via judiciária é dirigida ao legislador, no sentido de dar operatividade a prática à defesa de direitos; (ii) a defesa de direitos através dos tribunais representa uma decisão fundamental organizatória, pois o controle judicial constitui contrapeso ao exercício dos poderes executivo e legislativo; (iii) reforça o princípio da efetividade dos direitos fundamentais, proibindo a sua inexequibilidade ou eficácia por falta de meios judiciais; (iv) abre imediatamente a via para um tribunal; (v) o cidadão, em princípio, tem assegurada uma posição jurídica subjetiva cuja violação lhe permite exigir a proteção jurídica; (vi) a proteção jurídica se dá na constitucionalidade da jurisprudência; (vii) deve ser avaliado o princípio da responsabilidade do Estado e o princípio da compensação de prejuízos.

Sobre o tema, Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2006) leciona que:

Analisar a possibilidade de se reivindicar direitos fundamentais sociais, diretamente a partir da dicção ou da normatividade constitucional, é matéria que desafia uma série de obstáculos. Dentre eles, ressaltam-se: o Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por conseguinte, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas; por outro lado, o Judiciário, considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, não pode, em igual medida, ser o idealizador solitário das políticas sociais. A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas

públicas. [...] Mas que fique registrado. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. É dizer-se: alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional ou cerceie os pilares da democracia pluralista.

Nesse sentido, Antoine Garapon (2001) assevera que:

O juiz passa a ser o último guardião de promessas tanto para o sujeito como para a comunidade política. Por não conservarem a memória viva dos valores que os formam, eles confiaram à justiça a guarda dos seus juramentos.

Do exposto, o que se pretende afirmar é a possibilidade de: (i) livre acesso do cidadão à via judiciária; (ii) possibilidade de pleitear, no Poder Judiciário, a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, com aplicação do *status activus*.

É imprescindível, portanto, em um primeiro momento, assegurar o livre acesso do cidadão ao Poder Judiciário, em respeito ao inciso XXXV¹² do art. 5º da Constituição Federal. O Novo Código de Processo Civil, em seu art. 3º, determina que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Esse dispositivo deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, pois reconhece que não se exclui de apreciação jurisdicional lesão ou ameaça ao direito. Apreciação jurisdicional é o acesso à ordem jurídica justa, garantia fundamental do indivíduo frente ao Estado. Em um segundo momento, torna-se necessário garantir a possibilidade de o cidadão pleitear, no Poder Judiciário, a efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Entendemos que, na perspectiva do princípio da proteção judicial efetiva, (*rechtliches Gehör*) o cidadão tem o direito de acesso à Justiça, com inafastabilidade da jurisdição, como também a possibilidade de pleitear judicialmente a efetivação do direito social à saúde. O Poder Judiciário pode acionar a Administração Pública para satisfazer os direitos fundamentais do cidadão, com efetivo implemento, no que interessa ao presente caso, do direito à saúde.

Com efeito, o Poder Judiciário não pode compactuar com o estado de coisas inconstitucional, negando ao cidadão o acesso aos serviços de saúde, ainda mais quando esse acesso vise a proteger a vida, com reflexo na dignidade humana. Admitir o contrário é tornar o cidadão objeto do processo estatal, negando ao mesmo sua humanidade, com sua efetiva “coisificação”.

Por sua vez, entendemos que a jurisdição deve ser analisada sob a perspectiva da efetivação de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Giuseppe Chiovenda (2000, p. 8) define a jurisdição como:

A função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.

A jurisdição, segundo Chiovenda, é uma atividade de substituição, seja qual for a substituição da atividade das partes pela a do juiz, em afirmar existente ou não a vontade concreta da lei. Esse autor assevera ainda que “não pode haver sujeição

à jurisdição, senão onde pode haver sujeição à lei” (CHIOVENDA, 2000, p. 55). Ao comentar essa afirmação, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016), sustentam que:

[...] essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva; no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei e de que a jurisdição somente se manifestava, a partir da revelação da vontade do legislador.

Em síntese, para Chiovenda (2000) jurisdição é o poder de dizer o direito no caso concreto, o que não significa dizer que o juiz cria a norma individual. Isso porque o autor separava as funções do legislador e do juiz. A este último, cabia à aplicação das normas gerais e abstratas elaboradas pelo Legislativo.

A teoria de que o juiz cria a norma individual se deve, em grande parte, a Hans Kelsen, pois para este autor a aplicação da norma geral cria a norma individual, seja qual for a sentença. De acordo com Kelsen, o direito não é apenas as normas gerais, uma vez que norma individual, a sentença, também é direito¹³.

Francesco Carnelutti¹⁴ trata a jurisdição como a justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado.

Conforme ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 43):

A fórmula da ‘composição da lide’ também pode ser analisada a partir da ideia, que está presente no sistema de Carnelutti, de que a lei é, por si só, insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz. A sentença, nessa linha, integra o ordenamento jurídico, tendo a missão de fazer concreta a norma abstrata, isto é, a lei. A sentença, ao tornar a lei particular para as partes, comporia a lide.

Os mesmos autores criticam as teorias de Chiovenda e Carnelutti uma vez que:

Variam apenas porque em uma o juiz declara a norma geral sem produzir uma norma individual e na outra o juiz cria uma norma individual com base na norma geral declarada na sua fundamentação (da sentença). De modo que as duas teorias estão igualmente subordinadas ao princípio da supremacia da lei (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 43).

Ao final, afirmam, em posição com a qual concordamos:

Nenhuma dessas teorias responde aos valores do Estado constitucional. Não só porque ambas são escravas do princípio da supremacia da lei, mas também porque as duas negam lugar a ‘compreensão’ do caso concreto no raciocínio decisório, isto é, no raciocínio que leva à prestação da tutela jurisdicional (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 43).

Na sociedade atual, a jurisdição deve concretizar os direitos humanos e, nos dizeres de José Bolzan de Moraes (2011, p. 100-102), sua efetivação se dá “a partir do prisma da jurisdição, atribuindo-lhe expressão fundamental, quando estejamos frente aos direitos de terceira dimensão”. O fato é que não mais se admite a simples submissão, efetivada pelo juiz, da norma geral e abstrata ao caso concreto, é preciso mais. É preciso que o juiz avalie se essa norma geral e abstrata é compatível com a Constituição e com os direitos fundamentais¹⁵, dando a estes últimos sua máxima efetividade (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 90-97).

Sobre o tema, Francisco José de Oliveira Neto (2012, p. 59-60) assevera que:

Disso, resultam evidentes as mudanças na atividade jurisdicional, parcela fundamental do exercício da atividade estatal e do poder a ela inerente e que podem ser assim sintetizadas: 1) Mudam os fundamentos da atividade jurisdicional, já que não há mais condições para uma atuação judicial dentro do modelo proposto pelo liberalismo em que o juiz era a boca que pronunciava as palavras da lei e tinha sua atividade limitada pelo dogma retratado pela expressão *dura lex sed lex*. Agora, sua atividade deverá estar focada nos critérios de justiça plasmados na Constituição, o que dá espaço para o surgimento de um novo tipo de juiz, cuja função principal agora é garantir direitos fundamentais. Se antes era um mediador de conflitos, agora é instrumento a serviço da garantia de direitos fundamentais; 2) Muda a forma de atuação, já que, se antes o juiz era neutro, distante, mediador e só exercia sua atividade quando chamado pelas partes, no Estado Constitucional de Direito essa figura desaparece, já que o sistema impõe uma tomada de posição, um abandono da neutralidade e a tomada de partido na busca da concretização constitucional, o que acarretará manifestações mais contundentes em relação a determinados assuntos e, por fim, 3) Mudam os espaços da atuação judicial, já que com a redefinição dos espaços do político e do jurídico ou, em outras palavras, das questões consideradas exclusivamente políticas e das questões consideradas exclusivamente jurídicas, o que se assiste são manifestações mais identificadas como políticas do que efetivamente como jurídicas.

Em síntese, Marinoni, Arenhart e Mitidiero definem que:

A jurisdição no Estado Constitucional, embora não seja descritiva de uma norma jurídica, não é criativa de normas jurídicas – a jurisdição implica atividade de reconstrução interpretativa mediante um processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica. É uma atividade que conta necessariamente com a colaboração da Constituição e da legislação para ser legítima, não criando *ex novo* normas jurídicas (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 90-97).

Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 114-115) leciona que:

Na Justiça concebida pela moderna visão democrática do Estado de Direito, deve-se desempenhar a jurisdição, que não é apenas *poder* estatal, mas *função* (poder-dever) dos órgãos jurisdicionais a ser exercida perante todos, com o compromisso de propiciar, na medida do possível, ao litigante vítima de lesão ou ameaça, tudo aquilo e exatamente aquilo que seu direito lhe assegure.

Entendemos, portanto, que a jurisdição tem papel fundamental na implementação de políticas públicas e na efetivação do direito à saúde, sem que isso configure indevida intromissão de um poder no outro. O juiz deve atuar não somente como ‘guardião das promessas’, mas também como o responsável pela sua efetivação, em especial pela relevantíssima função desempenhada pela jurisdição.

A EFETIVAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS DO JUIZ

Como consequência do acesso à via judiciária e da possibilidade de pleitear o direito social à saúde o juiz deve, caso procedente o pedido, dar efetividade ao

pronunciamento judicial¹⁶, seja ele por decisão ou por sentença. Essa efetividade deve ser analisada em duas perspectivas: (i) tutela de urgência; (ii) sentença que reconhece a procedência da prestação de fazer.

O Código de Processo Civil disciplina a tutela provisória, a qual pode fundamentar-se em urgência ou evidência¹⁷. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental¹⁸.

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 197):

A técnica processual tanto pode levar à prestação da tutela satisfativa como à prestação da tutela cautelar. É nesse sentido que o legislador refere que a tutela provisória de urgência pode ser satisfativa (antecipada) ou cautelar (art. 294, parágrafo único).

A tutela provisória tem por finalidade a distribuição isonômica do tempo no processo, com preservação do princípio da igualdade, conforme prevê o art. 5º, inciso I, da Constituição Federal e art. 7º do Código de Processo Civil (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 198).

De acordo com o art. 300 do Código de Processo Civil, a tutela de urgência de natureza antecipada será deferida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

A tutela provisória de urgência de natureza antecipada demanda, portanto, a conjugação de elementos que evidenciem a probabilidade do direito, acrescido do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 do Código de Processo Civil. Seu deferimento pode se dar liminarmente, sem oitiva da parte adversa, ou após justificação prévia¹⁹.

No que se refere à probabilidade do direito, ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

A probabilidade do direito que autoriza o emprego da técnica antecipatória para a tutela dos direitos é a probabilidade lógica – que é aquela que surge da confrontação das alegações e das provas com os elementos disponíveis nos autos, sendo provável a hipótese que encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos. O juiz tem que se convencer de que o direito é provável para conceder tutela provisória (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 203).

Em nossa opinião, é necessário que o juiz efetive a cognição horizontal dos fatos apresentados pela parte autora, além de avaliar sua compatibilidade com as provas e argumentação jurídica, formando um juízo de probabilidade. A probabilidade do direito se funda, portanto, na conjugação dos fatos, provas e argumentação jurídica.

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo consiste no *periculum in mora*, qual seja o perigo da demora, conforme doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Há perigo na demora porque, se a tutela tardar, o ilícito pode ocorrer e, continuar ocorrendo, ocorrer novamente ou pode o dano ser irreparável, de difícil reparação ou não encontrar adequado ressarcimento. Daí que ‘perigo de dano’ e ‘risco ao resultado útil do processo’ devem ser lidos como ‘perigo na demora’ para caracterização da urgência – essa leitura permitirá uma adequada compreensão da técnica processual à luz da tutela dos direitos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 199).

A tutela provisória de urgência de natureza antecipada não será deferida se houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, nos termos do § 3º do art. 300 do CPC.

Nesse caso, estamos diante de um paradoxo. De um lado, o direito provável de um autor que tem razão e, do outro, o perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão ao réu, que não tem razão. É necessário que o juiz pondere de acordo com o caso concreto, e com ênfase nos valores constitucionais, qual direito deve prevalecer.

Com a finalidade de deferir a tutela provisória de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea – medida de contracautela – para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la, conforme se extrai do § 1º do art. 300 do CPC.

Considerando que estamos tratando da efetivação de direito social, no caso a saúde, com o fim de preservar a vida com reflexo direto na dignidade da pessoa humana, torna-se evidente que ele não deve ser ponderado com outro elemento. É certo, conforme afirmado, que a dignidade da pessoa humana deve prevalecer e, em regra, a contracautela torna-se dispensável.

Ao tratar do perigo de dano reverso Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 627) assevera que:

A propósito do tema, fala-se que esse tipo de solução é inaceitável, porquanto o *periculum in mora* não pode ser visto como via de mão única, endereçada apenas a favorecer uma das partes. Para que a tutela jurisdicional seja justa e equitativa a avaliação do *periculum* tem de comportar-se como via dupla, em que se balanceiem igualmente os interesses de ambas as partes contrapostas. Afinal, é dever do juiz dispensar o tratamento mais igualitário possível aos litigantes (NCPC, art. 139, I) e de ser sempre imparcial na condução do processo (arts. 144 e 145). É, de tal sorte, inaceitável que o magistrado escolha a seu bel prazer a quem impor a sujeição ao risco de dano derivado da duração do processo. Sua função é a de eliminá-lo, na medida do possível, e nunca de transferi-lo de uma pessoa para outra.

Em relação a esse aspecto, entendemos que o perigo de dano milita em favor de quem postula a efetivação do direito à saúde. A não submissão da parte ao acesso a medicamento ou tratamento poderá ocasionar, direta e imediatamente, danos de difícil, incerta ou impossível reparação, com comprometimento da vida. O dano reverso, ligado à despesa financeira com o medicamento ou tratamento, será passível de responsabilização pelo prejuízo, inclusive com liquidação nos autos em que tiver sido concedido, conforme disciplina o art. 302, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

No caso, entendemos que a tutela provisória de urgência melhor se adapta ao fim de efetivar o direito à saúde, pois basta que a parte apresente elementos que evidenciem a probabilidade de seu direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme prevê o mencionado art. 300 do CPC.

A efetivação dessa tutela deve observar o previsto no art. 297, parágrafo único, do Código de Processo Civil:

Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.

Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

O pronunciamento judicial tem como característica o seu caráter injuncional, de forma que sua efetivação, conforme a lição de Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 703), “não se faz por meio do sistema comum condenatório, mas através de ordem (comando) judicial a ser imediatamente atacada, sob pena de configurar uma intolerável violação à dignidade da Justiça”.

Por sua vez, a sentença que reconhecer a procedência da prestação de fazer do juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, nos termos do art. 497 do Código de Processo Civil:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Nesse aspecto, o art. 536 estabelece que:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

Em síntese, seja na efetivação da tutela provisória de urgência ou no cumprimento de sentença que reconhecer a exigibilidade da obrigação de fazer, o juiz poderá, inclusive de ofício, dar efetividade ao pronunciamento judicial, mediante a adoção de medidas necessárias à sua satisfação, uma vez que, conforme ressaltado por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 486), no Brasil vige a “atipicidade da técnica processual executiva”.

Trata-se, como se vê, da tutela prestada pela adoção de mecanismos processuais adequados ao caso concreto, ou seja, pelo resultado prático equivalente, delineado nos arts. 497 e 536 da legislação processual civil. Essas medidas não violam a regra da congruência entre o pedido e a sentença, conforme disciplinam os arts. 490 e 492, pois é permitida a prestação diversa daquele objeto da demanda, com o fim de proteger o bem da vida perseguido em juízo.

O objetivo da tutela com a adoção de mecanismos processuais adequados, também denominada resultado prático equivalente, é propiciar que a parte possa “obter o mesmo resultado perseguido com a obrigação originária” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 590). O juiz, tendo como norte, os “fins sociais e as exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”²⁰ deve propiciar a obtenção do resultado equivalente àquele que seria alcançado, caso a parte adversa tivesse cumprido espontaneamente a obrigação.

Sobre o tema, lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que:

Não é por acaso que primeiro o legislador fala em adequação técnica executiva para a tutela do direito: se apenas técnicas adequadas podem servir para tutela dos direitos, então é imprescindível a consideração da situação concreta de urgência ou de evidência para que possa promover uma efetiva tutela do direito mediante a técnica antecipatória.

Em um sistema atípico de técnica executiva, os postulados da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito devem estruturar argumentativamente o emprego da técnica executiva a fim de que o poder judicial de escolha da técnica possa ser intersubjetivamente controlável (arts. 8º e 297, CPC) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 380).

Em relação a esse tema, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.069.810/RS, sob o rito do recurso repetitivo, asseverou que:

Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.

O relator, ministro Napoleão Nunes Maia Filho, considerou, com fundamento no Recurso Especial nº 840.912/RS, relatado pelo então ministro Teori Zavascki, que “o direito fundamental à saúde prevalece sobre os interesses financeiros da Fazenda Pública, a significar que, no confronto de ambos, prestigia-se o primeiro em prejuízo do segundo”.

Em relação a esse aspecto, entendemos que três pontos merecem atenção: (i) desnecessidade de ponderação entre o direito à saúde e os interesses financeiros da Fazenda Pública; (ii) efetivação da decisão mediante a adoção do bloqueio de verba pública; (iii) não incidência do regime de precatório.

De início, concordamos com a posição fixada no mencionado recurso especial em relação à efetivação da decisão ou sentença via bloqueio de recursos públicos, com o fim de prestar o acesso ao medicamento ou ao tratamento objeto do pronunciamento judicial.

Discordamos, entretanto, sobre a necessidade de ponderar o direito à saúde e aos interesses financeiros da Fazenda Pública. Conforme mencionado logo no início deste artigo, consideramos que a dignidade da pessoa humana é valor fundante da República, sendo certo que a ele se liga o direito à vida. Esse direito demanda, necessariamente, o de manter-se vivo, em especial pelo acesso ao sistema público de saúde, com os meios e recursos a ele inerentes.

A dignidade da pessoa humana não pode ser ponderada com outro valor de menor envergadura, qual seja, os interesses financeiros da Fazenda Pública e, nas palavras de Daniel Sarmento (2002, p. 76):

Nenhuma ponderação de bens pode implicar em amesquinamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem não é apenas um dos interesses que a ordem constitucional protege, mas a matriz axiológica e o fim último desta ordem.

A pessoa humana é o princípio, o sujeito e o fim das instituições sociais, sendo certo que ela não se opõe a interesses financeiros do Estado. Não admitir essa ponderação sobre a pessoa humana é retirar dela sua humanidade, tratando-a como mero objeto do Estado, o que é inadmissível.

Consideramos que a efetivação da decisão demanda a adoção do bloqueio de verba pública, pois nos parece a única medida com força suficiente para promover

a dignidade da pessoa humana. Essa medida é proporcional e razoável ao fim buscado, aliado aos fatos de atender à legalidade, resguardar a publicidade e garantir eficiência na tutela do direito.

De outro norte, é necessário afastar a ideia da incidência do regime de precatório, nos termos do art. 100 da Constituição Federal. Como consequência, também se afasta a aplicação do art. 534 do Código de Processo Civil, pois este dispositivo somente é aplicável quando se tratar do dever de pagar quantia certa.

No caso, trata-se de prestação de fazer, ou seja, fornecer medicamento ou tratamento e, como consequência, resta impossível a aplicação do mencionado art. 534 ou mesmo da regra geral de precatório, nos termos do art. 100 da Constituição Federal.

Estamos diante da efetivação, via Poder Judiciário, da obrigação político-constitucional de assegurar a dignidade da pessoa humana, com a preservação da vida em decorrência do direito social à saúde. O pronunciamento do juiz não encontra óbice no regime geral de precatório ou mesmo de prévio cumprimento de sentença, eis que sua efetivação deve se dar de forma direta, pela via da adoção de medidas que busquem o resultado prático equivalente, ainda que, para isso, se faça necessário o bloqueio de verba pública.

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 145) afirma que:

Cabe destacar que as regras especiais de execução imprópria, via requisitório, tem o objetivo de evitar a expropriação de bens do patrimônio público. Por isso, só se referem à execução por quantia certa, como expressamente dispõem os art. 534 e 910. Outras hipóteses de execução forçada não importam, ordinariamente, na expropriação de bens patrimoniais do devedor inadimplente.

Nesse sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 655) lecionam que:

A execução contra a Fazenda Pública de que tratam os arts. 100, CF, 534 e 535, CPC, consiste na execução de crédito contra a Fazenda Pública. Vale dizer: eventual decisão contra a Fazenda Pública que imponha um fazer ou não fazer ou tenha como resultado a transferência de determinada coisa para o patrimônio do demandante não é cumprida mediante os arts. 100, CF, 534 e 535, CPC, obedecendo antes aos arts. 536 a 538, CPC (...). A execução contra a Fazenda Pública dos arts. 100, CF, 534 e 535, CPC, é a execução que visa à obtenção de pagamento de quantia em dinheiro. Fora daí os arts. 100, CF, 534 e 535, CPC, não incidem.

José Miguel Garcia Medina (2016, p. 896) também leciona sobre essa possibilidade, afirmando que:

Coloca-se a questão, no entanto, de se saber se podem ser empregadas medidas executivas de sub-rogação quanto ao descumprimento de obrigação de fazer. Segundo pensamos, é possível a aplicação de medidas sub-rogoratórias contra a Administração Pública a fim de que se dê ensejo ao cumprimento da uma decisão judicial.

Assim é a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 1233):

Registre-se que as demais formas de execução – fazer/não fazer e entrega de coisa – não exigem procedimento diferenciado quando a Fazenda Pública ocupa o polo passivo, devendo-se seguir as regras gerais previstas pelo Código de Processo Civil.

Em síntese, seja na efetivação da tutela provisória de urgência ou no cumprimento de sentença é um truísmo afirmar a: (i) não incidência do previsto no art. 534 do Código de Processo Civil; (ii) necessidade de adoção do bloqueio de recursos públicos com o fim de efetivar o direito a saúde, caso a prestação não se cumpra espontaneamente.

A ADOÇÃO DE MEDIDAS INADEQUADAS PARA EFETIVAR O PRONUNCIAMENTO JUDICIAL: FIXAÇÃO DE ASTREINTES

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a fixação de astreintes para o descumprimento de decisão judicial, em especial nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento médico, segundo o excerto a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO À SAÚDE. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. POSSIBILIDADE. ASTREINTES FIXADAS EM R\$ 5.000,00. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O entendimento adotado pela Corte de origem não destoa da jurisprudência do STJ, segundo a qual é cabível a cominação de multa contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer. No caso em tela, a apreciação dos critérios previstos no art. 461 do CPC para a fixação de seu valor demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte. Excepcionam-se apenas as hipóteses de valor irrisório ou exorbitante. 2. Na hipótese, o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), não se mostra excessivo, a ensejar a sua revisão por esta Corte Superior, especialmente por se tratar de hipótese de fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde. 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AREsp 542200/PE Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2014/0163358-9 – Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – Primeira Turma – j. 12.5.2015)

Entendemos, entretanto, que a fixação de astreintes, conforme o art. 536, § 1º, do Código de Processo Civil tem pouca ou nenhuma efetividade, de forma que a decisão ou sentença deve se efetivar por meio do bloqueio de recursos públicos.

A fixação de astreintes não irá proporcionar a resolução eficaz do problema, aliado ao fato de que irá atingir o escasso recurso público com sua posterior transferência para o particular, nos termos do § 2º do art. 537 do CPC. A parte, de qualquer forma, continuará sem acesso ao medicamento ou tratamento.

É certo, conforme afirmado alhures, que o bloqueio de recursos públicos possui força suficiente para garantir a efetividade do pronunciamento judicial, dando resolução ao problema, com menor impacto financeiro a Fazenda Pública.

A PRISÃO CIVIL

Ao tratar da prisão civil, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 667) entendem pelo seu cabimento no caso de descumprimento de decisão judicial, conforme se vê abaixo:

A prisão civil, ordenada pelo próprio órgão jurisdicional da causa, somente tem cabimento no caso em que outra modalidade de efetivação das decisões não se mostrar adequada e o cumprimento da ordem não existir a disponibilização de patrimônio. Assim, deve o juiz demonstrar na sua decisão que, para o caso concreto, não existe nenhuma outra técnica processual capaz de dar efetividade à tutela jurisdicional, além de demonstrar que o uso da prisão não importará na restrição da liberdade de quem não observou a ordem apenas por não possuir patrimônio (...). Dentro dessas coordenadas, a prisão civil estará garantindo a efetividade do direito à tutela jurisdicional sem violar o direito daquele que, por não possuir patrimônio, não pode ser obrigado a cumprir a ordem judicial, nem muito menos punido por não tê-la observado.

Esses autores afirmam que “a prisão civil pode ser utilizada para impor um não fazer ou mesmo para impor um fazer infungível, que não implique em disposição de dinheiro e seja imprescindível à efetiva proteção de um direito” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 666).

Nesse ponto, discordamos com esse raciocínio, uma vez que o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal é claro ao somente admitir a prisão civil no caso de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia²¹:

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina (2016, p. 898) aduz que:

Quando a Constituição Federal veda a prisão civil por dívidas (art. 5º, LXVII), abarca não apenas a possibilidade de prisão como meio de ‘satisfação’ da dívida, mas, também, o emprego da prisão como meio coercitivo para a realização de tal prestação, pois também neste caso a prisão civil estaria ocorrendo *por causa da dívida*.

Também tem sido adotado, como forma de burlar o regime delineado para a prisão civil, a determinação da prisão em flagrante pelo suposto crime de desobediência.

Nesse caso, não se desconhece o fato de que o descumprimento da ordem judicial pode ensejar a responsabilização pelo crime de desobediência, conforme o § 3º do art. 536 do Código de Processo Civil. Esse crime, entretanto, tem como preceito secundário pena de detenção de quinze dias a seis meses, e multa, nos termos do art. 330 do Código Penal e por ser de menor potencial ofensivo não se sujeita, em regra, a prisão em flagrante.

Concluimos pela absoluta ilegalidade da ordem de ‘prisão civil’, salvo no caso da hipótese constitucionalmente prevista.

O AFASTAMENTO DO AGENTE PÚBLICO

Tem sido recorrente a ordem de afastamento, em regra, de secretário de Estado de Saúde ou do seu equivalente no âmbito federal ou municipal, em decorrência do descumprimento de ordem judicial, posição com a qual discordamos.

Esta medida tem pouca ou nenhuma eficácia, além do que enseja indevida intromissão na escolha política do chefe do Poder Executivo. Trata-se de medida

com único fundamento de constranger o governo, sem respaldo na legislação processual civil, configurando ato manifestamente ilegal.

É evidente que não se nega a possibilidade de responsabilizações civil, criminal e administrativa pelo descumprimento da decisão, tema que será abordado no próximo tópico, porém a determinação para afastamento do agente público não é proporcional e razoável para o fim de garantir a efetividade do pronunciamento judicial.

Isso porque, mesmo que o afastamento se efetive, em nada alterará o quadro de descumprimento do pronunciamento judicial, sem resultado prático para o processo, configurando-se como medida desproporcional, sem razoabilidade ou amparo legal. Em síntese, o pronunciamento judicial continuará sem o devido cumprimento.

CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL

Conforme demonstrado, o descumprimento do pronunciamento judicial que determina o fornecimento de medicamento ou de tratamento enseja o bloqueio de verba pública. É necessário, entretanto, que haja a punição ao ente público e seu agente em caso de descumprimento da ordem judicial.

De início, lembramos que o art. 6º do Código de Processo Civil determina que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Tal cooperação intersubjetiva consiste em organizar o processo como uma comunidade de trabalho, visando à obtenção de proveito mútuo das partes para com o órgão jurisdicional e deste para com as partes (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 152).

Vislumbramos cinco possibilidades de punição em decorrência do descumprimento do pronunciamento judicial, quais sejam:

- a) **medidas contra o ente público:** (i) multa por litigância de má-fé, nos termos do § 2º do art. 77 do CPC; (ii) multa por litigância de má-fé e indenização da parte pelo eventual prejuízo, conforme art. 81;
- b) **medidas contra o agente público:** (i) responsabilização pelo crime de desobediência; (ii) configuração de ato de improbidade administrativa;
- c) **medida de caráter político:** (i) intervenção da União nos estados ou no Distrito Federal ou dos estados nos municípios.

É obrigação da parte ou de todo aquele que, de alguma forma, cooperar no processo cumprir com exatidão os pronunciamentos judiciais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços a sua efetivação, nos termos do inciso IV do art. 77 do CPC. A violação desse dispositivo pode se dar em duas vertentes: (i) quando a parte não cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final; (ii) quando a parte criar embaraços à efetivação das decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final.

Caso a parte, ante sua conduta omissiva, não cumpra com exatidão a ordem judicial, de natureza provisória ou final, nos termos do inciso IV do art. 77 do Código de Processo Civil, resta configurado ato atentatório à dignidade da Justiça e enseja, entre outras medidas, a aplicação de multa de até 20% do valor da causa, graduada de acordo com a gravidade da conduta, nos termos do § 2º.

Caso a parte, com conduta comissiva, crie embaraços à efetivação da ordem judicial ela se encontrará sujeita à disciplina do inciso IV do art. 80, com incidência

da multa de 1% a 10% do valor atualizado da causa, aliado a indenização da parte adversa pelo eventual prejuízo, conforme o art. 81 do CPC.

A par dessas medidas contra o ente, o agente público deve ser intimado pessoalmente para dar cumprimento ao pronunciamento judicial e, caso não o faça, deve sofrer a devida representação no Ministério Público pela ocorrência, em tese, do crime de desobediência. Estaremos diante, portanto, da responsabilidade pessoal do agente pelo descumprimento da ordem judicial.

O agente público responsável pelo descumprimento também deve ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa, conforme a tipicidade do inciso II do art. 11 da Lei nº 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Com efeito, o agente público é obrigado, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.429/1992, a “velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”. É inadmissível que o agente público descumpra o pronunciamento judicial ao qual esteja vinculado pelos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, sujeitando o ente público às sanções de litigância de má-fé, multa e indenização, aliado ao fato de que sua conduta pode ensejar dano de difícil, incerta ou impossível reparação em desfavor do cidadão.

O agente público deve, diante de um pronunciamento judicial, tomar todas as providências para sua imediata efetivação, evitando qualquer conduta que possa causar prejuízo ao ente ao qual estiver vinculado ou mesmo ao cidadão. Eventual conduta omissiva ou comissiva com o fim de não dar efetividade ao pronunciamento judicial deve ensejar a devida apuração pelo ato de improbidade administrativa.

Em relação a intervenção da União nos estados ou no Distrito Federal, esta se torna possível para prover a execução de ordem ou decisão judicial, conforme autoriza o inciso VI do art. 34 da Constituição Federal, sendo que os estados podem intervir nos municípios com o fim de prover ordem ou decisão judicial, nos termos do inciso IV do art. 35:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

[...]

VI – prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

A intervenção da União nos estados ou no Distrito Federal com o fim de prover ordem ou decisão judicial demanda requisição do Supremo Tribunal

Federal, Superior Tribunal de Justiça ou Tribunal Superior Eleitoral, conforme a matéria tratada.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de lavra do ministro Og Fernandes, determinou a intervenção em caso de descumprimento de ordem judicial:

Vislumbra-se caso específico de intervenção federal por atentado à independência do Judiciário, pois os outros Poderes constituídos têm o dever de tomar atitude para “prover a execução de [...] ordem ou decisão judicial”, quando a efetividade do pronunciamento judicial depender de atos executórios a cargo de algum deles. A inércia imotivada ou por critérios de conveniência ou oportunidade equivale à anulação, ainda que parcial, da função típica do Judiciário de “dizer o direito”, importando em um indesejável e crescente enfraquecimento de um dos Poderes da República. Transformam-se a coercibilidade e o comando inerentes aos provimentos judiciais em simples aconselhamento destituído de eficácia. Em um plano maior, verifica-se lesão a um dos princípios federativos: a independência e harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 2º da CF/88). É a negação do próprio Estado de Direito. (IF 110/PR Intervenção Federal 2011/0155511-6 – Corte Especial – j. 3.6.2015)

As medidas de punição, em qualquer de suas modalidades, visam a: (i) preservar a dignidade da Justiça, evitando o desprezo – *contempt of court* – para com o Poder Judiciário; (ii) assegurar o imediato cumprimento do pronunciamento judicial que, sem dúvida, é esperado pelo cidadão que aciona o sistema de Justiça; (iii) punir o ente e o agente públicos responsáveis pelo descumprimento do pronunciamento judicial.

CONSIDERAÇÕES

Ao longo do presente artigo, tratamos da influência do humanismo cristão na preservação da dignidade humana e da importância de dimensionar a pessoa como núcleo fundante da República. Em outras palavras, a pessoa humana não deve ser “coisificada” e tratada como objeto do Estado.

Entendemos que o juiz deve, na efetivação dos pronunciamentos judiciais, voltar sua atenção para a adoção de medida eficaz a fim de fazer valer o seu poder estatal, dando máxima efetividade a jurisdição com o objetivo de assegurar os valores constitucionalmente protegidos.

É evidente que se espera, diante do estado de democracia constitucional, o imediato cumprimento do pronunciamento judicial. Porém, em caso de anomalia do sistema, o juiz deve adotar medidas com força suficiente para resguardar a jurisdição e o direito reconhecido em favor do cidadão.

O juiz, entretanto, não deve adotar medidas de pouca ou eficácia alguma, ou ainda as que venham a aprofundar o problema, ocasionando, em alguns casos, uma crise institucional. A exemplo dessas medidas anômalas citamos a fixação de astreintes, a prisão civil e o afastamento do agente público.

A atuação jurisdicional deve ser voltada para a adoção de medidas que promovam a dignidade da pessoa humana e observem a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, a exemplo do bloqueio judicial de recursos públicos.

Também consideramos que o *contempt of court*, ou seja, o desprezo para com o Poder Judiciário não pode permanecer incólume, sendo imprescindível que o

juiz determine a adoção de medidas com o fim de punir o ente e o agente públicos, além daquela de caráter político, a exemplo da intervenção da União nos estados ou no Distrito Federal ou dos estados nos municípios.

A adoção dessas medidas de punição tem a finalidade de reduzir drasticamente o número de casos de desrespeito ao pronunciamento judicial, o que tem se tornado recorrente na República. É evidente que nenhum agente público pretende responder criminalmente pelo crime de desobediência ou mesmo sofrer as graves consequências de uma condenação por improbidade administrativa ou, ainda, ter contra o seu ente federado a medida mais gravosa de uma intervenção. ❏

NOTAS

- 1 http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/apost_letters/documents/hf_p-vi_apl_19710514_octogesima-adveniens.html (acesso em 08.02.2017).
- 2 Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946.
- 3 Art 157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
[...]
II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- 4 Em semelhante disposição o art. 160 da Emenda Constitucional n. 1/1969:
Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
[...]
II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana;
- 5 Parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal.
- 6 Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2017.
- 7 Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.
- 8 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
- 9 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
- 10 Ao relatar o Recurso Extraordinário n. 410.715 – São Paulo, o ministro Celso de Mello reconheceu a obrigação do poder público de concretizar o direito à educação mediante política pública efetiva, conforme segue, “é preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV e 227, ‘caput’) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num ‘facere’, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, ‘às crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV).
- 11 Sobre o tema: Recurso Especial n. 1586142-SP, relator ministro Humberto Martins, Segunda Turma – STJ, j. 5.4.2016.
- 12 XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
- 13 KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1935, p. 3-5, 197, 237.
- 14 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936, v. I. p. 40.
- 15 DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*, p. 10-20.
- 16 Código de Processo Civil – Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

- 17 CPC, art. 294.
- 18 CPC, parágrafo único do art. 294.
- 19 CPC, § 2º do art. 300.
- 20 Art. 8º do Código de Processo Civil.
- 21 Em relação a prisão civil do depositário infiel o Supremo Tribunal Federal afastou sua aplicação, conforme a Súmula Vinculante nº 25 (É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.).

REFERÊNCIAS

- ALLAND, D. *L'État sans qualités, Droits*, n. 16. 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed., 11. reimpr., 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: Cedam, 1936.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Trad. Paolo Capitanio, 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., rev., ampl. e atual., Salvador: Editora JusPodivm, 2011.
- DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*, São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução: Maria Luiza de Carvalho- Rio de Janeiro: Revan, 1999, 2ª edição, maio de 2001.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma Constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: *Dimensões da Dignidade, ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, 57. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Trad. Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre – Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1935.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel Mitidiero. *Novo Curso de Processo Civil*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, 4. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2ª ed, ver. e ampl., 2011.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho de Direito Constitucional*, Trad. Peter Naumann, 3. ed., rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2005 .
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 8. ed., Salvador: JusPodium, 2016.
- OLIVEIRA NETO, Francisco José de. *Estrita legalidade e atividade jurisdicional* [recurso eletrônico]. Itajaí: UNIVALI, 2012 (Coleção Osvaldo Ferreira de Melo; v. 6).
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª edição – segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SEGADO, Francisco Fernandez. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1997.
- SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*, São Paulo: Atlas, 2010.



Eduardo Lemos Barbosa



STJ viabiliza pedido genérico para dano moral

Antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em março de 2016, minha grande preocupação era com o art. 291, V, que determina que seja fixado valor certo para o dano moral na petição inicial. Nas ações indenizatórias, o autor calculava a “quantia devida” a título de dano material, e deixava para o juiz fixar o valor do dano moral.

É impossível para o advogado definir o valor certo do dano moral, especialmente se o dano ainda não foi cessado, e ainda com a fase probatória pela frente para melhor se apurar a extensão do dano. Aliás, como o próprio art. 944 do Código Civil prevê, “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

E nem mesmo a jurisprudência consolidou um valor de dano moral para uma mãe que perdeu um filho, por exemplo, por ser impossível quantificar financeiramente uma dor emocional. Existem as mais variadas decisões estipulando valores diferentes.

Sem dúvida que o advogado que atua com responsabilidade civil está diante de um dilema frente a um problema parecido. Além da subjetividade em colocar o valor do dano moral, ainda poderia impor ao seu cliente mais um drama, no caso do valor da decisão ser menor do que o dado na inicial. Contudo, existe a sumula 326 do STJ, que impede a sucumbência no caso do declínio da pretensão.

De forma inteligente e sensível a ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº 1.534.559 – SP (2015/0116526-2), justificou assim o seu voto numa ação de indenização por dano material, em 22/11/2016:

[...] inexistentes critérios legais de mensuração, o arbitramento do valor da compensação por dano moral caberá exclusivamente ao juiz, mediante seu prudente arbitrário, de modo que não se mostra legítimo exigir-se do autor, no momento da propositura da demanda, a indicação precisa de um valor [...].

Cada vez mais me torno fã incondicional do conhecimento jurídico e da sensibilidade com a realidade forense que a ministra Nancy Andrighi demonstra em seus votos. 

EDUARDO LEMOS BARBOSA é advogado e integra o Conselho Consultivo do Conselho da Escola Nacional de Advocacia (ENA) da OAB Nacional. www.eduardobarbosa.adv.br/site/ eduardo@eduardobarbosaadv.com.br

ANIMAIS BIOÉTICA E DIREITO

Tereza Rodrigues Vieira
Camilo Henrique Silva
Coordenadores



R\$ **45,00**
FRETE GRÁTIS

Os artigos compilados nesta obra retratam algumas das infundáveis discussões acerca da relação entre os seres humanos e os animais, enfrentando os principais desafios bioéticos e jurídicos oriundos dessa delicada convivência. Instiga ainda, o leitor a realizar reflexões acerca de temas polêmicos e que necessitam de uma análise mais acurada para que o Poder Judiciário tenha subsídios no julgamento de litígios que versem sobre os temas abordados.

Telefone (61) **3225-6419**

