



**REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA
DO ESTADO DE RONDÔNIA**
(Criada em agosto de 1996)

CAPÀ:

- Couchê Telado 240 g;
- Laminado/Plastificado.

MIOLÒ:

- Papel A.A. 63g.
- Dim. 148 x 210
- Nº pag. 200

TIRAGEM

- 700 exemplares

**Ano 2007 - Nº 15
Porto Velho - Rondônia**

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia

Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia;
Nº 15. Porto Velho: DEGRAF/TJRO, 2007.

I. A Criação de Indicadores de Desempenho. II. A mudança Organizacional. III. Mediação na virada do milênio. IV. O Banco Central e os Juros Altos. V. Controle da Administração Pública no Brasil. VI. Inovações da Ação Revocatória. VII. Juizados Especiais Cíveis. VIII. Atualidades sobre o controle Judicial. IX. A Mediação de Conflitos e Outros. X. Razões para um discurso Jurídico transdisciplinar. XI. Sistemas de Gestão. X. Execução Direta da Vítima em Face de Seguradora. XI. A Penhora “on line” e a Terceira Reforma Processual Civil.

CDU-340.5

Todos os direitos reservados e protegidos pela lei 9.610 de 19/02/1998.
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da Escola da Magistratura ou dos autores do texto, poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.



Diretor Des. ROWILSON TEIXEIRA

Vice-Diretor Juiz ALEXANDRE MIGUEL

REVISTA DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA

Conselho Editorial	<i>Des. Renato Martins Mimessi Des. Dimas Ribeiro da Fonseca Des. Eurico Montenegro Júnior Des. Gabriel Marques de Carvalho Des. Eliseu Fernandes de Souza Des. Francisco César Soares Montenegro Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia Juiz Francisco Prestello de Vasconcelos Juiz Alexandre Miguel Juiz Cesar Rubens de Sousa Lima</i>
Divulgação	<i>Coordenadoria de Comunicação Social do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia</i>
Capa	<i>José Miguel de Lima</i>
Diagramação, Composição	<i>Enildo Lamarão Gil Flore米尔 Silva Bicalho Júnior Ronaldo Marcelo Avelino Knyppele</i>
Fotolito, Impressão, Acabamento e Comercialização	<i>Departamento Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia</i>

Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON

Av. Rogério Weber, 1872 - Fone (069) 3217-5034

CEP 78916-050 - Porto Velho - Rondônia

www.tj.ro.gov.br - emeron@tj.ro.gov.br

COMPOSIÇÃO PLENÁRIA DO TRIBUNAL

Des. EURICO MONTENEGRO JÚNIOR

Des. ELISEU FERNANDES DE SOUZA

Des. RENATO MARTINS MIMESSI

Des. GABRIEL MARQUES DE CARVALHO

Des. VALTER DE OLIVEIRA

Des. SEBASTIÃO TEIXEIRA CHAVES

Des^a. ZELITE ANDRADE CARNEIRO

Des. CASSIO RODOLFO SBARZI GUEDES

Des. ROOSEVELT QUEIROZ COSTA

Des^a IVANIRA FEITOSA BORGES

Des. ROWILSON TEIXEIRA

Des. SANSÃO BATISTA SALDANHA

Des. PÉRICLES MOREIRA CHAGAS

Des. WALTER WALTENBERG SILVA JUNIOR

Des. PAULO KIYONI MORI

Des. MARCOS ALAOR DINIZ GRANGEIA

Des. MIGUEL DE MÔNICO NETO

CORPO DOCENTE DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE RONDÔNIA - EMERON

PORTO VELHO

Dr. Alexandre Miguel	<i>Direito Administrativo</i>
Dr. Flávio Henrique de Melo	<i>Direito Ambiental</i>
Dr. Edenir Sebastião A. da Rosa	<i>Direito do Consumidor</i>
Des. Sansão Saldanha	<i>Direito Civil</i>
Dr. Sérgio William Domingues Teixeira	<i>Direito Constitucional</i>
Dr. Ilisir Bueno Rodrigues	<i>Prática de Audiência e Sentença Criminal</i>
Dr. João Adalberto Castro Alves	<i>Direito Agrário, Hermenêutica e Deontologia</i>
Dr. Wanderley José Cardoso	<i>Prática de Audiência e Sentença Cível</i>
Dr. Guilherme Ribeiro Baldan	<i>Direito Processual Civil</i>
Dr. José Antônio Robles	<i>Direito Empresarial</i>
Dr. Francisco Borges Ferreira Neto	<i>Direito Processual Penal</i>
Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia	<i>Direito Penal</i>
	<i>Direito Tributário</i>

JI-PARANÁ

Dr. Cristiano Gomes Mazzini	<i>Direito Administrativo</i>
Dr. Áureo Virgílio de Queiroz	<i>Direito do Consumidor Hermenêutica</i>
Dr. Edewaldo Fantini Júnior	<i>Direito Constitucional</i>
Dr. Edson Yukishigue Sassamoto	<i>Direito Tributário</i>
Dr. Glauco Antonio Alves	<i>Direito Civil</i>
Dr. Marcos Alberto Oldakowski	<i>Prática de Audiência e Sentença Cível</i>
Dr. Haruo Mizusaki	<i>Direito Empresarial</i>
Drª Maria Abadia de C. M. S. Lima	<i>Prática de Audiência e Sentença Criminal</i>
Dr. Renato Bonifácio de Melo Dias	<i>Direito Processual Civil</i>
Dr. Oscar Francisco Alves Júnior	<i>Direito Penal</i>
Dr. Silvio Viana	<i>Direito Agrário, Deontologia e Direito Ambiental</i>
Dr. Valdecir Ramos de Souza	<i>Direito Processual Penal</i>

CURSO DE MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM PODER JUDICIÁRIO

CORPO DOCENTE

Profº Luiz Roberto Ayoub	Inovação Jurisdicional
Profº Sérgio Guerra	Inovação Jurisdicional
Profº Carlos Affonso Pereira de Souza	Inovação Jurisdicional
Profº Armando Cunha	Gestão e Orçamento
Profº Roberto Bevilacqua	Gestão e Orçamento
Profº José Ricardo Cunha	O Juiz e ética
Profº Luis Fernando Schuartz	Análise Socioeconômica das Sentenças
Profº Tania Almeida	Mediação e Conciliação
Profº José Guilherme Vasi Werner	Juizados Especiais
Profº Paulo Roberto Targa	Gestão de Qualidade dos Serviços Judiciários
Profº Mauriti Maranhão	Gestão de Qualidade dos Serviços Judiciários
Profº Antonio Carlos Porto	Macroeconomia
Profº Luiz Mello Serra	Gestão de Varas
Profº Jean Menezes de Aguiar	Métodos e Técnicas de Pesquisas
Profº Paulo Motta	Formação de Liderança; e Planejamento Estratégico
Profº Maria Tereza Aina Sadek	Judiciário e Sociedade
Profº Maria Elisa Macieira	Experiências Inovadoras em Gestão Judicial

CURSO DE MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM PODER JUDICIÁRIO

CORPO DISCENTE

Magistrados:

Adolfo Theodoro Naujorks Neto
Alexandre Miguel
Arlen José Silva de Souza
Áureo Virgílio de Queiroz
Cristiano Gomes Mazzini
Dalmo Antônio de Castro Bezerra
Daniel Ribeiro Lagos
Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz
Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa
Emy Karla Yamamoto Roque
Francisco Borges Ferreira Neto
Franklin Vieira dos Santos
Guilherme Ribeiro Baldan
Ilisir Bueno Rodrigues
Inês Moreira da Costa
João Adalberto Castro Alves
Johnny Gustavo Clemes
Jorge Luiz dos Santos Leal
José Antônio Barretto
Marcos Alaor Diniz Grangeia
Oscar Francisco Alves Júnior
Raduan Miguel Filho
Rosemeire Conceição dos Santos Pereira de Souza
Sérgio William Domingues Teixeira
Valdeci Castellar Citon
Audarzean Santana da Silva
Flávio Henrique de Melo

Servidores:

Maurício Martinho
José Miguel de lima
Alberto Ney Vieira Silva

APRESENTAÇÃO

A Escola da Magistratura do Estado de Rondônia – EMERON visando compartilhar a experiência adquirida com a conclusão da primeira fase do curso de Mestrado em Poder Judiciário e contribuir com o leitor, em especial, com aqueles ligados diretamente ao Poder Judiciário, edita sua revista de n. 15, de conteúdo ímpar, sobre o que há de mais moderno a ser adotado para o bom funcionamento do Poder Judiciário. Traz também novas concepções jurídicas com evidente aplicação dos princípios constitucionais, que levam o leitor a uma reflexão sobre como deve ser o verdadeiro estado democrático de direito. Dado ao alto nível de conhecimentos jurídicos e atuais registrados nos artigos que compõem a revista foi possível fazer uma demonstração de parte do que é necessário para adequar o Poder Judiciário à realidade social contemporânea. Ademais, a revista traz matéria atinente à ação revocatória e a execução direta em face da seguradora por ato ilícito praticado pelo segurado, registrando aqui o que há de mais atualizado sobre estas práticas jurídicas. E ainda, dado às visões futurísticas dos professores da FGV, é possível visualizar nos artigos aqui lançados, outros meios que certamente serão adotados maciçamente na solução dos conflitos sociais.

Por derradeiro, quero agradecer a todos que contribuíram para a realização desta edição.

Des. Rowilson Teixeira

Diretor da Emeron

ÍNDICE

-
- 11** A Criação de Indicadores de Desempenho das Instituições Como Fator Estratégico Para a Reforma do Poder Judiciário
Carlos Alexandre Melman
Flávia Souza Antunes
-
- 15** A Mudança Organizacional e a Necessária Implementação de Práticas Inovadoras de Gestão no Poder Judiciário
Maria Elisa Macieira
-
- 25** Mediação na Virada do Milênio
Tania Almeida
-
- 31** O Banco Central o os Juros Altos
João Batista Costa Saraiva
-
- 37** Controle da Administração Pública no Brasil: anotações críticas
Rogério Gesta Leal
-
- 61** Inovações da Ação Revocatória
Áureo Virgílio Queiroz
-
- 91** Juizados Especiais Cíveis - Premissas de Julgamento
José Guilherme Vasi Werner
-
- 109** Atualidades Sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios
Sérgio Guerra

-
- 145** **Século XXI: A Mediação de Conflitos e Outros Métodos Não-Adversariais de Resolução de Controvérsia**
Tania Almeida
-
- 153** **Razões para um Discurso Jurídico Transdisciplinar: para concluir que a ética é imprescindível ao direito**
José Ricardo Cunha
-
- 167** **Sistemas de Gestão: São Necessários ao Judiciário?**
Mauriti Maranhão
-
- 177** **Execução Direta da Vítima em Face de Seguradora Decorrente de Ato Ilícito do Segurado**
Dalmo Antônio de Castro Bezerra
-
- 185** **A Penhora “On Line” e a Terceira Reforma Processual Civil**
Flávio Henrique de Melo

A CRIAÇÃO DE INDICADORES DE DESEMPENHO DAS INSTITUIÇÕES COMO FATOR ESTRATÉGICO PARA A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

*Carlos Alexandre Melman
Flávia Souza Antunes*

Carlos Alexandre Melman e Flávia Souza Antunes são integrantes do Centro Justiça e Sociedade da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas (RJ).

A CRIAÇÃO DE INDICADORES DE DESEMPENHO DAS INSTITUIÇÕES COMO FATOR ESTRATÉGICO PARA A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

*Carlos Alexandre Melman
Flávia Souza Antunes*

Vários são os fatores determinantes para repensarmos as entidades e seus órgãos, podemos citar a globalização, a tecnologia, a dinâmica empresarial, a livre concorrência, entre outros. A população demanda um Poder Judiciário mais atuante e eficiente, ao mesmo tempo em que os operadores do Direito demandam uma maior capacitação administrativa.

Elaborado a partir dessas necessidades, o Projeto de Mestrado Profissional em Poder Judiciário objetiva oferecer aos operadores do direito, formação multidisciplinar nas áreas jurídica e de gestão, focando especialmente na melhor formação do profissional e na consequente melhoria da prestação jurisdicional brasileira. Como integrantes e entusiastas desse projeto, compartilhamos do seu escopo e nos empenhamos para concretizar seus objetivos. Temos acompanhado ao longo do curso, os resultados dos ensinamentos na área de gestão, os quais já são perceptíveis com avanços na prestação jurisdicional e na administração das varas, fazendo desse projeto um verdadeiro contribuinte para a reforma do Poder Judiciário. O Juiz é o alvo desta reforma por estar à frente não só da gestão, mas do produto final, as soluções resolvidas através das justas sentenças ou das devidas mediações e conciliações.

Paralelamente, desenvolvem-se várias atividades de modernização da Justiça em diversos órgãos pelo país, como, por exemplo, um trabalho na Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro de criação de métodos de trabalho para organizar e agilizar a máquina Judiciária.

Contudo, muitas vezes temos a sensação desse processo ser demasiado moroso e burocrático. Essa sensação ocorre, pois apesar de convivermos com muitas instituições e pessoas que têm participado de

forma construtiva para as mudanças propostas, convivemos também com muitas outras que nada têm feito para colaborar, ao contrário, acabam por atrasá-las estrategicamente em prol de interesses particulares e em detrimento dos interesses públicos. Amparados pela legislação, ganham força para perpetuar essa morosidade burocrática e por isso, mostra-se urgente a criação dos medidores de desempenho que diagnostiquem os responsáveis pelo impedimento do avanço da Justiça no país.

O Diretor da Escola de Direito Rio da FGV, professor Joaquim Falcão, em uma palestra ministrada para os docentes do Projeto de Mestrado Profissional, demonstrou que a tarefa de mudança, além de passar por medidas internas, passa também pelos Órgãos externos que conjugam a reforma - os Poderes Legislativo e Executivo. Logo, o Poder Judiciário com o mesmo senso de responsabilidade que direciona para o cumprimento de sua função deverá também, direcionar-se para um maior controle externo através da criação de indicadores de desempenho destinados também aos operadores desses órgãos.

Em síntese, esses medidores de desempenho visam a identificar os nódulos que contribuem para a morosidade da Justiça, além de combater os lobbys que alimentam tal situação. Este fato é facilmente identificável em milhares de casos reais que lotam nossos Tribunais e servem como reflexões para buscarmos soluções e elaborarmos questões tais como: deve-se avaliar o desempenho dos advogados? Exemplificando, se um engenheiro fizer um cálculo mal feito para a construção de um prédio, este cai, ficando evidente, para todos, a incompetência do profissional. Mas se um processo demorar anos nas mãos de um advogado por não o tê-lo impulsionado corretamente, esse trâmite é considerado normal.

Quando as normas são obscuras, como faremos? Será que a Justiça também falhou?

Enfim, são diversas as questões surgidas de casos reais que envolvem a todos e que não podemos deixar de cobrar soluções. Devemos criar os mecanismos de controle, os indicadores de desempenho já que a prestação jurisdicional foi criada para resolver as questões da população e não para mantê-las em aberto.

O desafio será criar medidores que indiquem o real desempenho dos operadores do direito e, ao mesmo tempo, garantir a sua contínua utilização, como condição para um Poder Judiciário célere, eficiente e justo.

AMUDANÇA ORGANIZACIONAL E A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DE PRÁTICAS INOVADORAS DE GESTÃO NO PODER JUDICIÁRIO

Maria Elisa Macieira

Mestre em Administração pela EBAP/Fundação Getulio Vargas. Administradora pela EBAPE/FGV. Autora do Livro: “O Processo Nossa de Cada Dia: Modelagem de Processos de Trabalho”. Consultora da FGV Projetos. Professora de Gestão Empresarial da FGV Management; Administração Judiciária da FGV Direito; Universidade Federal Fluminense. Especialista em Modelagem de Processos, Certificação ISO 9000:2000, Sistemas de Documentação e Planejamento Estratégico. Com experiência de Projetos nas seguintes Instituições: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Tribunal Regional do Trabalho 1^a Região, Ministério Público do Rio de Janeiro, Chocolates Garoto, FURNAS, ANVISA, Programa Delegacia Legal/Polícia Civil do RJ, DETRAN/RJ, IPLAN/RIO, DETRO/RJ, Ministério da Saúde.

A MUDANÇA ORGANIZACIONAL E A NECESSÁRIA IMPLEMENTAÇÃO DE PRÁTICAS INOVADORAS DE GESTÃO NO PODER JUDICIÁRIO

Maria Elisa Macieira

1. A Criatividade e a Inovação no Contexto da Mudança Organizacional

A história das organizações é uma história de mudanças. Inúmeros relatos sobre a vida humana e sobre as teorias sociais e organizacionais tratam de mudanças e transformações. Embora seja um tema comum, a mudança vem sendo analisada por diversos autores que chamam a atenção para a velocidade que o novo cenário mundial impõe à mudança.

Em geral, as pessoas acham difícil, e até mesmo impossível, mudar atitudes e comportamentos estabelecidos há muito tempo. Além disso, se chegam a realizar mudanças, logo voltarão aos métodos antigos caso os novos não sejam reforçados.

A gestão contemporânea busca a prática da mudança tanto na área empresarial quanto no setor público. Nas empresas, as variações tecnológicas e econômicas tornam o processo produtivo vulnerável, e se conquista o progresso em meio a descontinuidades e inovações. Na administração pública, as pressões comunitárias por mais e melhores serviços provocam revisões nas funções do Estado, e questionam-se tanto as formas de ação quanto a própria legitimidade das instituições. Na busca de qualidade e eficiência, as organizações públicas se assemelham às empresas privadas.

Mas será que realmente é preciso mudar? Será que é necessário aceitar toda e qualquer mudança? Tentar compreender a mudança, no entanto, não significa concordar e compactuar com ela, e mesmo que não concordemos é necessário compreendê-la.

É claro que as mudanças constantes que hoje em dia presenciamos, normalmente são associadas à instabilidade e a impossibilidade de construção de uma base sólida para se planejar

melhor o futuro, o que gera uma grande insegurança. Esta, porém, é uma visão parcial da realidade. É verdade que qualquer mudança traz **dificuldades**, que a volatilidade de regras, mercados, tecnologias e costumes, além das pressões da sociedade, forçam as pessoas a reverem constantemente suas metas e objetivos. Isso afeta diretamente as suas necessidades e aspirações, o que gera tensões.

Por outro lado, é igualmente verdade que mudanças geram **oportunidades**, pois ao passarmos de uma situação atual conhecida para uma outra desconhecida, temos a oportunidade de transformar, ou seja, “dar nova forma”. Mais do que simplesmente mudar, pode-se aproveitar o momento propício para criar uma nova realidade que nos atenda melhor do que a anterior.

No contexto da mudança, as equipes devem estar permanentemente estimuladas a desenvolver a criatividade. O processo de criatividade ou de geração de novas idéias é sempre agradável de se praticar, pois estimula a mente, desperta as pessoas e, quando praticado em grupo, estimula o humor, a parceria e o orgulho. Portanto, o processo pode se tornar mais atraente do que a própria idéia. Passado o desafio de se produzir algo novo surge uma nova empreitada, que é colocar a idéia em prática.

Gerar novas idéias é uma prática tão interessante que pode se perder por falta de metodologia e de visão concreta da organização para sua operacionalização. Por conta disso, muitas organizações rejeitaram grandes idéias por falta de capacidade de implementação.

Conforme muito bem abordado por Paulo Motta em seu livro Transformação Organizacional: “**criatividade e inovação** existem em ambientes de comunicações francas, autênticas e de livre circulação de idéias. Criatividade resulta de um clima de abertura, valorização da autonomia individual de pensar e de se expressar, além dos incentivos e mecanismos para gerar idéias novas. A inovação origina-se no compromisso da ação”.

Logo, existe uma grande distância entre criatividade e inovação. Criatividade é gerar idéia nova; inovação é torná-la útil. A criatividade só pode ser reconhecida se aplicada. Inovação é o resultado do empenho com a qualidade, com a satisfação do público externo e interno; é um compromisso de ação do gestor.

2. A inevitável turbulência provocada pelas mudanças organizacionais

É fundamental que os gestores tenham compreensão das inevitáveis turbulências e conflitos que surgem nas organizações, na esteira dos movimentos de mudança organizacional. É importante compreender que as reações aparecem sob as mais variadas formas de expressão, independentemente da grandeza das boas intenções das mudanças. O fato é que elas sempre aparecem. As reações são intrínsecas da natureza humana e são explicáveis, na medida em que tendem a alterar a rotina das pessoas e rompem o equilíbrio que existia no ambiente de trabalho.

A experiência mostra que, para qualquer agrupamento social, em um determinado momento as soluções são sempre únicas e instáveis. Um grupo social é sempre único, referido a uma determinada situação. Qualquer elemento que entre ou que saia de uma equipe provoca algum desequilíbrio, maior ou menor, mas a mudança sempre exige um novo arranjo. Similarmente, se ocorrer uma significativa alteração das circunstâncias, o ponto de equilíbrio também tende a se alterar. Com base nessa experiência, podemos inferir que o desarranjo provocado por perturbações do equilíbrio é intrínseco dos sistemas estimulados, e é isto que começa algum processo de mudança. Contudo, é necessário algum tempo e negociações, por vezes árduas, dramáticas e, não raro, com expurgos, para que se reencontre o novo ponto de equilíbrio, e o sistema volte a uma fase de rotina.

Isso explica a forma mais apropriada de promover o crescimento das organizações: rotina seguida de melhorias.

Podemos destacar alguns erros comuns nos projetos de mudança organizacional:

- fragilidade ou inexistência de visão estratégica das mudanças pretendidas;
- erros ou insuficiência de comunicação interna;
- baixo grau de exigência do mercado (que criam espaço para permanecer na “zona de conforto”);
- a força dos paradigmas;
- desconhecimento de quem são os clientes dos processos de trabalho e das suas respectivas necessidades;

- inexistência de uma cultura de processos (por ignorância técnica ou por falta de convicção);
- inexperiência e/ou falta de capacitação na condução de projetos.

Uma das chaves do sucesso do processo de mudanças é a existência de lideranças capazes de levar a bom termo todo o processo. Tais líderes estão dispostos a correr riscos, a desafiar o imobilismo, mesmo com a possibilidade de perderem muito. Sem liderança, as chances de mudanças reduzem-se substancialmente.

Portanto, em primeiro lugar, avalie criteriosamente o potencial de liderança disponível, tanto em qualidade (competência) quanto em quantidade (massa crítica).

Em segundo lugar, avalie as chances de sucesso do projeto de mudanças quanto a, pelo menos, quatro fatores:

- o viabilidade tecnológica: há ferramentas e recursos tecnológicos necessários e suficientes para alcançar os objetivos de mudanças?;
- o viabilidade econômica: os recursos financeiros necessários e suficientes para as aquisições e contratações planejadas estão assegurados (há risco significativos de ficarmos pendurados no pincel?);
- o viabilidade política: há garantia suficiente de que a mudança poderá ser feita sem gerar ressentimentos insuperáveis ou, alternativamente, há garantia de neutralização das pessoas que se opuserem cegamente ao projeto?
- o tempo para consolidar as mudanças: o tempo previsto para desenvolver e consolidar a mudança é compatível com os objetivos da organização?

Manter permanentemente um ambiente favorável a mudanças para melhor é, na grande maioria das situações, árduo, incerto e de alto risco. Requer, além de liderança, muito esforço, persistência, dinamismo, coragem, criatividade, altruísmo, habilidade, audácia e várias outras qualidades.

3. Casos Práticos de Mudança no Poder Judiciário Fluminense

Em 2001 o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conveniou-se a disponibilização dos serviços especializados da Fundação Getulio Vargas, entidade de referência internacional quanto à prestação de serviços e ao ensino de técnicas de gestão e organização. Em decorrência do qual foram alocados ao projeto consultores com ampla experiência em atividades similares, tanto no setor público como no ambiente de empresas privadas. Dessa equipe, faço parte desde a sua formação e nesse contexto é que apresento alguns exemplos de sucesso no que diz respeito ao fortalecimento da gestão do TJERJ.

Os primeiros projetos, desencadeados a partir da assinatura do Convênio, destinaram-se à realização de diagnósticos de gestão. O primeiro diagnóstico analisou a situação do acervo inativo dos processos judiciais e administrativos do Tribunal de Justiça, apresentando soluções estruturais para o correto aproveitamento das informações e documentos gerados e recebidos pela Instituição. O resultado dessa atividade desencadeou o desenvolvimento do projeto de construção das novas instalações do Arquivo Central do Poder Judiciário.

O segundo diagnóstico enfocou a análise das atividades relacionadas à logística do Tribunal de Justiça e apontou para a necessidade de revisão dos processos de trabalho de planejamento, suprimento e controle de materiais e bens patrimoniais.

O projeto específico de fortalecimento e modernização da estrutura e dos processos de trabalho do Poder Judiciário teve início com a análise e o redesenho organizacional da então existente Secretaria de Administração. Essa primeira fase, que fluiu entre julho e outubro de 2002, resultou no desmembramento daquela Secretaria, em duas unidades organizacionais, a Secretaria de Gestão de Pessoas e a de Logística. Em paralelo, foi criada a Comissão de Modernização e Gestão do Poder Judiciário, com a incumbência de apoiar a implementação das ações recomendadas pela equipe de consultores da Fundação Getulio Vargas.

Em 2003, foi desencadeada a segunda fase do projeto, que se desenrolou entre os meses de fevereiro e setembro, tendo como focos:

(a) o início da implementação das Secretarias de Gestão de Pessoas e de Logística;

(b) o redesenho de toda a estrutura organizacional do Poder Judiciário.

Em outubro de 2003, iniciou-se a terceira fase do projeto, que se encerrou em setembro de 2004, desenvolvidas as seguintes atividades:

(a) orientação e acompanhamento da implementação da Estrutura Organizacional aprovada, com base na proposta do novo Modelo Organizacional Integrado Idealizado do Poder Judiciário;

(b) elaboração e implementação um Sistema de Gestão, com base na Norma Internacional NBR-ISO 9001:2000, na Escola da Magistratura – EMERJ, na 18^a Câmara Cível, na 18^a Vara Cível e na 13^a Vara Cível;

(c) descrição das competências administrativas de todas as unidades organizacionais do Poder Judiciário, de modo a compor o Regimento Interno do Sistema Administrativo Judiciário;

(d) auxílio no processo de fortalecimento da infra-estrutura de sistemas e tecnologia da informação;

(e) elaboração da matriz de competência administrativa judiciária;

(f) capacitação de 400 servidores nas dimensões técnicas e comportamentais, com o objetivo de prover os instrumentos necessários ao processo de mudança.

Na quarta fase do projeto iniciada em 2004 e com previsão de término em 2006 foram realizadas as seguintes atividades:

(a) acompanhamento da implementação do processo de Gestão Estratégica do Poder Judiciário;

(b) acompanhamento da implementação da Estrutura Organizacional do Poder Judiciário;

(c) implementação de Sistemas de Gestão, com base na Norma Internacional NBR-ISO 9001:2000, nas seguintes unidades organizacionais: 1^a Vice-Presidência, Câmara Criminal, Vara Criminal, Vara de Família, Juizado Especial Cível, Juizado Especial Criminal, Departamento de Gestão de Acervos Arquivísticos, Departamento de Gestão da Arrecadação e Escola de Administração Judiciária;

(d) realização de estudos sobre um sistema de lotação ideal para as unidades organizacionais;

(e) acompanhamento do Sistema Normativo Administrativo;

(f) auxílio no processo de fortalecimento da infra-estrutura de sistemas e de tecnologia da informação;

(g) auxílio no processo de estruturação e implementação da Rede de Conhecimento do Poder Judiciário.

Dentre as diversas atividades desempenhadas destaco a experiência de implementação do Sistema de Gestão com base na NBR-ISO 9001:2000 nas Varas Cíveis, Criminais e de Família. Tal experiência vem proporcionando um processo contínuo de inovação, onde novas práticas de gestão são implementadas com ampla participação dos magistrados e servidores.

Como resultado prático dessas ações inovadoras destacam-se os seguintes benefícios:

- (a) capacitação de magistrados e servidores (gestão da qualidade);
- (b) elaboração de rotinas administrativas para formalizar e padronizar a realização das atividades;
- (c) acompanhamento da gestão do juízo, mediante a análise mensal de indicadores de desempenho;
- (d) melhoria da transparência e avaliação do grau de satisfação do usuário (94% de satisfação no item ótimo pelos serviços prestados);
- (e) redução do acervo de processos judiciais;
- (f) redução do tempo médio de julgamento;
- (g) utilização de metodologia para controle de produtos não conformes (p.ex.: audiências não realizadas, processos com carga vencida, autuação indevida, publicação incorreta, mandado com prazo vencido etc.);
- (h) mudança no arranjo dos processos judiciais no Cartório;
- (i) realização de auditorias independentes, para avaliação da gestão, com o entendimento dos benefícios observados (controle externo).

Observamos que as possibilidades de melhorias na gestão e a adoção de soluções inovadoras são ilimitadas no Poder Judiciário. Apesar dos requisitos legais que regem essa atividade serem fatores inibidores, ainda assim podemos criar ambientes favoráveis e equipes motivadas para realizar suas atividades de forma eficaz e eficiente, tornando a entrega da prestação jurisdicional um motivo de orgulho e satisfação para aqueles que tem a honra de realizá-la.

MEDIAÇÃO NA VIRADA DE MILÊNIO

Tania Almeida

Consultora e Docente em Mediação de Conflitos e em Facilitação de Diálogos. Diretora-Presidente do MEDIARE – Centro de Administração de Conflitos. Professora convidada da Escola de Direito da FGV-RJ para a disciplina de Mediação de Conflitos do Mestrado em Poder Judiciário.

MEDIAÇÃO NA VIRADA DE MILÊNIO*

Tania Almeida

Na vigência de transformações paradigmáticas, esta virada de milênio nos proporciona assistir à desatualização permanente de idéias, propostas e produtos, que nascem com uma curta vida média, consequência natural da velocidade das mudanças, característica da atualidade. O balanço da última década, com relação aos norteadores que vêm orientando o nosso universo social, constata um período no qual as mudanças têm impelido o homem a criar outros parâmetros de convivência e por eles se orientar.

Certeza, causa e efeito, centralização, modelo correto, solução única e explicação acertada regiam as concepções preconizadas pela modernidade. Época fértil na produção de modelos-padrão nos mais distintos campos — na educação, nas finanças, na administração empresarial ou governamental - a modernidade propiciava que se buscasse alcançar linearmente cada uma daquelas concepções. Negociando ou litigando pela uniformidade de suas idéias e ações, o homem permaneceu mergulhado por longo tempo em modelos padronizados de dirimir dissensões, acreditando em solução única e acertada.

Resultante dessas dissensões, o conflito surgiu, então, quando a uniformidade ou a concordância não era alcançada. Os meios para resolvê-lo orientavam-se pelos mesmos paradigmas, utilizando a força, a ordem, o julgamento e o arbítrio dicotômico sentenciador do que estava certo e do que estava errado. O mundo global, neste momento, é entendido sistematicamente, ressaltando que somos todos co-autores ativos ou passivos do que resulta da nossa convivência. O conflito origina-se hoje, não mais da impossibilidade do consenso, e sim da dificuldade com a coexistência da dessemelhança.

Este entendimento sistêmico, pautado também na legitimidade conferida às diferenças, admite a existência de tantas histórias quantos

(*) Revisa ao artigo publicado na Gazeta Mercantil, Editoria Opinião – pág.2 – maio de 1999.

são os historiadores e de tantas soluções quantos são os autores. É um tempo que impõe a coexistência de diferentes culturas, de idéias, bem como de propostas, fazendo da negociação a habilidade imprescindível para a convivência pacífica, e expondo à vista que a colaboração expressa nos mercados comuns, nas junções empresariais e na governabilidade transnacional, constitui a fonte maior de sobrevivência.

Ao longo da História, o homem tem produzido idéias sintônicas com o seu tempo e, recursivamente, construído épocas coerentes com o seu pensar. Acompanhando esta trajetória, os recursos alternativos de negociação de diferenças e de controvérsias ganham, neste momento, número, lugar e diversidade. A Conciliação, a Mediação e a Arbitragem conquistam, cada vez mais, espaço em nossa cultura, contribuindo para que, também nesse campo, o Brasil ganhe contemporaneidade.

Presente no processo de democratização da África do Sul, em conflitos internacionais de diferentes naturezas, nos desentendimentos étnicos e políticos da atualidade, em divórcios famosos, nas questões ambientais e comunitárias, nos mercados comuns, nas junções empresariais, integrando muitas vezes o funcionamento de algumas organizações, a Mediação vem sendo o instrumento de autocomposição elegível pelos mais diferentes setores da convivência humana, valendo enfatizar aqueles dos âmbitos político, comercial, trabalhista, empresarial e familiar. Ao privilegiar a genuinidade da autoria na negociação, uma vez que possibilita que surjam das partes envolvidas as soluções para a questão em pauta, a Mediação tem obtido cada vez mais destaque.

Ágil e informal, a Mediação possibilita redução drástica dos custos financeiros e do desgaste emocional provocado pelo desentendimento, abreviando o tempo de duração do desacordo e do litígio, denotando concludência na relação custo-benefício, mais producente do que a do uso de outros recursos. Regida pela autonomia da vontade das partes, ela busca, através da atuação do Mediador, cuidar da satisfação mútua dos interesses de todos os envolvidos no processo, que deliberam seu início e término em comum acordo.

Eticamente impedido de interferir nas soluções criadas pelas partes e de divulgar a existência e o conteúdo do processo, o Mediador - um profissional especializado e capacitado para operar como facilitador

do diálogo para o entendimento - atua como terceiro imparcial auxiliando na identificação de interesses comuns e dos impasses que inviabilizam o acordo. A necessidade do parecer de outros profissionais pode ser por ele identificada, e a construção de uma agenda de negociação que inclua a ampliação de alternativas para a solução da controvérsia, elaborada.

Recurso recente no Brasil, a Mediação pode ser utilizada antes, durante ou após o curso de uma resolução judicial, propiciando acordos que, na estatística de alguns países, atingem resultados em torno de 80% das Mediações realizadas. Este percentual fica ainda mais significativo quando a efetividade e a exeqüibilidade desses acordos são tema de interesse, uma vez que são produzidos a partir das idéias, sugestões e deliberações das próprias partes, cuja autoria cria com eles compromisso e responsabilidade.

Há quatro décadas, reformatado nos Estados Unidos da América do Norte como um processo estruturado com a intenção de resolver fora do âmbito do judiciário aquelas matérias que dele pudessem prescindir, a Mediação transcendeu este objetivo. Em função de seu caráter não-adversarial na resolução de contendas, ultrapassou a intenção de enxugar o volume de processos que ao judiciário acorria. Pautada na colaboração e na composição de interesses, a utilização desse instrumento, desde então, mostrou incluir uma vasta gama de benefícios secundários que vão desde a redução na incidência de litígios até a promoção da melhoria na comunicação e no relacionamento entre as partes.

Esse efeito preventivo, elegeu a Mediação como recurso alternativo de escolha na resolução de conflitos, e nas negociações que envolvem relações continuadas no tempo. Ampliando a possibilidade preventiva, muitos países incluíram-na como cláusula de autocomposição de controvérsias nos contratos comerciais, financeiros, securitários e empresariais. Tal fato constitui hoje, para aquelas culturas, indicador da possibilidade de soluções satisfatórias, conferindo total credibilidade ao instrumento e aos contratos que a incluem.

Por privilegiarem a autocomposição de interesses, os mecanismos de solução alternativa de conflitos atendem à necessidade social do exercício da cidadania. Propiciadores de uma maior participação dos cidadãos na solução dos próprios desentendimentos, eles implementam uma cultura pautada no diálogo e na cooperação, promovendo uma mudança

de paradigma no manejo das lides. Ampliadoras do acesso à justiça, as soluções cooperativas e pacíficas devolvem ao homem a possibilidade da negociação direta e consequente autoria.

Na busca de um patamar de resultados e de credibilidade semelhantes a de alguns países, instituições brasileiras dedicadas à Mediação e à Arbitragem congregam-se em um Conselho Nacional. Visando o desenvolvimento de uma mentalidade autônoma, não-adversarial e autora nos processos de resolução de contendas, Instituições Públicas oferecem aos seus usuários a Mediação como alternativa. Almejando a celeridade, a efetividade e a privacidade na resolução de seus impasses, mercados, empresas e organizações valem-se da Mediação. De recurso de negociação à instrumento social viabilizador de uma qualidade de negociação que permite dar voz e vez a todos os envolvidos, a Mediação, por todas as suas características, mostra-se coerente com os paradigmas deste início de milênio, e imprescindível como recurso de governabilidade, administração e negociação nos mais distintos âmbitos da convivência.

O BANCO CENTRAL E OS JUROS ALTOS

A.C. Porto Gonçalves

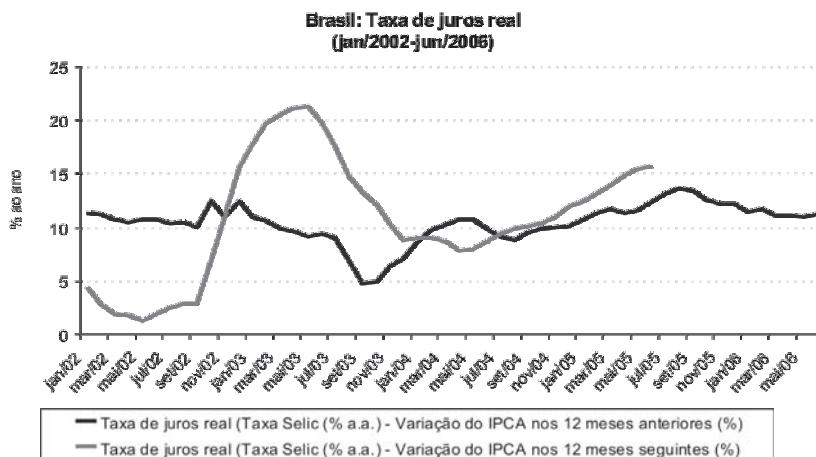
Professor da FGV

O BANCO CENTRAL E OS JUROS ALTOS

A. C. Porto Gonçalves

As taxas de juros no Brasil são consideradas por muitos observadores informados como sendo extremamente elevadas, em termos reais, isto é, descontada a inflação. Talvez as mais altas do mundo. Esta situação cria uma série de problemas. Em primeiro lugar, reduz o crescimento do país, pois inibe o investimento e diminui a competitividade das empresas brasileiras que só tem acesso ao crédito doméstico. E também aumenta os gastos do governo com os juros pagos sobre a sua dívida interna, diminuindo assim os recursos disponíveis para investimentos do setor público e gastos sociais. Finalmente, as altas taxas de juros devem ser um importante fator de concentração de renda, pois a remuneração do capital financeiro das pessoas mais ricas, com disponibilidade de caixa, é muito elevada.

A figura 1 ilustra a evolução recente das taxas de juros reais no Brasil, usando dois métodos: a taxa de juros do Selic menos a taxa de inflação nos doze meses anteriores, e a taxa de juros do Selic menos a taxa de inflação dos doze meses subseqüentes. Pode-se observar que embora tenha havido uma redução em 2003 e 2004, o valor da taxa real continua bastante elevado. Algumas comparações internacionais sugerem que os juros reais básicos das economias emergentes se situam na faixa de 2 a 5% a.a., menos da metade do brasileiro.



Fonte: BCB e IBGE.

Na verdade, as taxas de juros elevadas no Brasil já levaram até mesmo a medidas “desesperadas”, como a colocação de um limite máximo de juros na Constituição de 1988. E tem se tornado também objeto de intensa crítica por parte dos candidatos à Presidência da República, em outubro próximo. Todos falam que os juros são de fato altos e que vão reduzi-los se chegarem (ou se mantiverem) o poder.

Nestas circunstâncias cumpre examinar porque os juros reais são elevados no Brasil. Quais as causas? Há variadas explicações para o assunto, tais como: o poder político e monopólico dos bancos, os impostos elevados, os riscos de toda a ordem para os credores, que devem ser compensados, a escassez de poupança doméstica, o governo com dívida e déficit orçamentário elevado e que, portanto, é forte demandador de empréstimos para a rolagem de sua dívida e financiamento de seu déficit; e assim por diante. Qual é precisamente a principal causa, ou as principais causas dos juros altos é um assunto complexo e de solução ainda não determinada. Mas cabe aqui analisar uma das sugestões, que não foi listada acima, mas que é citada freqüentemente: a atuação independente e conservadora do Banco Central, o qual, alguns acrescentam, teria sido “capturado” politicamente pelo sistema financeiro para manter os juros altos. Tal afirmativa é errônea e, mais do que isto, perigosa para o Brasil, pois ela parte do pressuposto que o Banco Central estabelece a taxa de juros do país. Se o sistema financeiro controla politicamente o Banco Central ou não, esta é uma questão bastante espinhosa. Mas o fato é que o Bacen, dominado ou não, não determina as taxas de juros do país. Infelizmente, as aparências sugerem o contrário. A cada 40 dias, aproximadamente, há uma reunião do COPOM – Comitê de Política Monetária do Banco Central -, o qual decide e anuncia, para todos os meios de comunicação e para o público em geral, qual a nova taxa de juros do SELIC. Assim, um observador menos informado passa a ter certeza de que o Banco Central determina os juros.

Mas as coisas não são tão óbvias assim. Na realidade um banco central independente tem como objetivo estabilizar a economia, ou seja, através da política monetária controlar o nível de demanda agregada para que este não ultrapasse a capacidade de produção do país – isto é, o chamado PIB potencial. Se a demanda for excessiva em relação à

capacidade de produção da economia – ou seja, à capacidade das fábricas, dos campos agriculturáveis, da infra-estrutura de transporte, energética, etc. - a situação simplesmente não é sustentável. Fatalmente haverá uma aceleração da inflação e, posteriormente, uma redução da demanda e da produção a níveis compatíveis com o PIB potencial. Evitar que haja este tipo de flutuação excessiva da produção e da inflação é a tarefa básica de um Banco Central independente – o qual pode errar, diga-se de passagem, sendo liberal ou conservador demais no seu gerenciamento da demanda (foi o que aconteceu em 2005).

Enfim, o Banco Central do Brasil, como o de outros países com bacen independente, procura estabilizar a economia, e inúmeros estudos mostram que tal postura é favorável a mais investimentos e à formação de capacidade de produção, permitindo um maior crescimento futuro da demanda e do PIB. Acontece que, no Brasil, ao gerenciar a política monetária de modo a fazer com que a demanda coincida com a capacidade de produção, estabilizando a economia, o Banco Central encontra, a pleno emprego, uma taxa de juros real muito elevada. Ele não “produz” o juros elevado, mas ao cumprir sua meta básica de estabilização, a taxa que resulta é muito alta. Quando a economia brasileira está equilibrada, a taxa de juros é elevada. A questão, portanto, é saber porque, e aí voltamos à lista de possibilidades apresentada anteriormente. Quais os fatores que fazem com que seja alta. Esta é a questão! E o Banco Central, poderia reduzir mais os juros? Sim, poderia, a curto prazo, mas às custas de eventualmente desestabilizar a economia e, no futuro, enfrentar taxas de juros de equilíbrio ainda mais elevadas.

Nada impede que se identifique, com cuidado, as possíveis razões dos altos juros reais de equilíbrio no Brasil, tomando então as providências necessárias. Mas o “ataque” ao Banco Central, como sendo a entidade que promove os juros elevados, é equivocado e pode ter consequências importantes, entre as quais a extinção da sua independência e a eventual desestabilização inflacionária (e da taxa de juros) da economia brasileira. Seria um retrocesso importante.

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: anotações críticas

Rogério Gesta Leal

Rogério Gesta Leal é Doutor em Direito, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: anotações críticas

Rogério Gesta Leal

I- Notas Introdutórias:

As presentes reflexões pretendem tão somente investigar quais as possibilidades de controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil hoje, notadamente a partir do plexo de direitos e deveres estabelecidos ao Estado e à Sociedade Civil pela Carta Política de 1988. Para tanto, vamos considerar a estrutura institucional de competências federativas que estão postas no sistema jurídico brasileiro e as formas de suas veiculações, mais especialmente no âmbito do seu controle externo.

II. Perspectivas de controle externo da Administração Pública brasileira:

Temos referido já há bastante tempo que, para a efetiva institucionalização dos postulados do Estado Democrático de Direito no país, torna-se cada vez mais central o tema dos limites e das omissões do controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública.¹ Tal controle, todavia, nunca significou (ou não deveria significar) o abandono ou renúncia de competências institucionais próprias ou específicas dos entes federados, mas, pelo contrário, o resguardo de suas autonomias e independências político-administrativas, ratificando o postulado fundacional que anima a idéia de República, a saber, a garantia de se criar um mecanismo de *check and balance* entre os Poderes Estatais.²

Dentre os mais diversos tipos de controles tradicionais que identificam a República brasileira, o mais destacado, por certo, é o desempenhado pelo Poder Judiciário, o qual, na dicção de Sérgio Ferreira:

Quando se trata de jurisdição em face da Administração, mesmo com a presença, em pólo da relação processual, das pessoas jurídicas

(1) Ver nosso artigo LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos Direitos Civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. In Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004, pg.959.

(2) Neste sentido ver o excelente trabalho de SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999, pg.39 e ss.

públicas, político-federativas, ou autárquicas ou paradministrativas de direito privado, e de colaboradores da Administração Pública, mesmo quando isso ocorre, na verdade estamos diante desse tipo de função muito específica, que é a função de controle: sem que se desnature a jurisdição como tal, assume ela fim e sentido específicos.³

Entretanto, há outras formas de controle da Administração Pública que foram se desenvolvendo ao longo do tempo, muito mais na esfera federal e estadual do que na municipal⁴. Estamos falando aqui do controle interno, por exemplo.

O controle administrativo interno realiza-se ora pela aplicação do princípio da hierarquia, ora pela atuação de órgãos especializados.

Pelo princípio da hierarquia, pode o órgão superior da Administração em relação aos que lhes são subordinados: rever os atos, delegar e avocar atribuições e aplicar as penas disciplinares previstas em lei. O controle hierárquico pode ser prévio, concomitante ou posterior; faz-se *ex officio* ou mediante provocação.⁵

A crescente complexidade do aparelho estatal, a maior complexidade técnica das questões que tocam à Administração, a multiplicação das categorias de interesses e o incremento das exigências éticas por parte da sociedade, tornaram insuficiente o controle baseado no princípio da hierarquia, o que motivou a criação de órgãos e departamentos para auxiliar o controle interno das Administrações Públicas.

Veja-se que a Constituição de 1988 não trouxe novidades conceituais no que tange a este controle, assim é que continua ele, em linhas gerais, a traduzir-se na prática de **atos de invalidação, revogação, aprovação e homologação** dos fatos, atos e negócios jurídicos praticados pela Administração Pública. Provavelmente, a única inovação aqui, defluente da nova ordem constitucional, esteja concretizada num

(3) FERREIRA, Sérgio D'Andrea. *A identidade da função de controle da Administração Pública*. In: Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Carmen Lucia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 39.

(4) Neste sentido ver o trabalho de MACEDO, Heitor. *O Controle da Administração Pública Brasileira: uma retrospectiva histórica e política*. Rio de Janeiro: Globo, 1966, pg. 28/69.

(5) Conforme MOREIRA NETO, Diogo de F. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991, pg.49.

enriquecimento conteudístico, de qualidade, do autocontrole, eis que está ele agora textualmente balizado por diretrizes éticas, consubstanciadas nos princípios da atuação administrativa, não só os elencados pelo art.37, seus parágrafos e incisos, mas pelo sistema constitucional e infra-constitucional como um todo – notadamente os princípios constitucionais, tudo vinculado à persecução da boa-fé e da confiança (Vertrauensschutz), que os administrados pressupostamente têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com aquele sistema jurídico.⁶

A maior experiência em nível de controles do Poder Público, contudo, é no âmbito externo, tema que vamos abordar a partir de um breve evolver histórico e institucional, este potencializado em suas possibilidades operacionais vinculadas à cidadania e ao próprio Estado.⁷

III- O Controle Jurisdicional da Cidadania e do Estado Legislador:

Como decorrência de todos os vetores acima enunciados, de muito se ampliaram as atuações de controle do Judiciário, bem como as pertinentes vias de acesso. Assim, e com simples exemplos: (a) O Judiciário aprecia não mais apenas a lesão, mas também, **qualquer ameaça a direito** (com o que se dá berço constitucional ao mandado de segurança preventivo e às ações cautelares em geral) – CF, art.5º, XXXV; (b) As entidades associativas podem representar seus filiados (judicial e extrajudicialmente) – CF, art 5º, XXI; (c) Sem prejuízo da letra “b”, supra,

(6) Ver o trabalho de COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. In: Revista de Direito Público, n.84: 46-63, p. 46.

(7) Não vamos tratar aqui do Controle Externo Parlamentar, eis que não é o objeto do debate central, a despeito de sua configuração constitucional indiscutível, nos termos do art.49, V, da Lei Maior, quando assevera que é competência do Congresso Nacional *sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa*. Deixando-se de lado o sabor parlamentarista de tal competência, a verdade é que está posta em texto constitucional, sendo, pois, só por isso, dotada de indiscutível validade. Além disso, é preciso proclamar que o constituinte, aqui, “disse menos que queria”, ou do que devia. Sendo o preceptivo indiscutivelmente um meio de resguardo do princípio da separação de Poderes, tem-se, por consequência, que, além dos atos normativos do Executivo, também os atos administrativos se submetem à regra da sustação, do art.49, V. Estamos, pois, em face de fortíssimo procedimento de controle administrativo, que pode ser utilizando, mas, geralmente, não o é tanto.

a ela aditando o reforço, têm-se o fenômeno da legitimação coletiva (direta ou substitutiva, conforme o caso), não só no caso do mandado de segurança (CF, art. 5º, LXX), mas também nos pleitos em defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais das categorias profissionais (CF, art.8º, III); (d) O vetor axiológico da moralidade, no exercício da atividade administrativa, teve o controle de sua observância depositado nas mãos do cidadão, que conta, para tanto, com o eficaz instrumento da ação popular, ampliada em seu escopo constitucional (CF, art.5º, LXXIII).

Coexistindo com todas essas conquistas, permanecem íntegros, como meios de controle, o *habeas corpus* e o *mandado de segurança*.

A par da intermediação do Judiciário, tem o cidadão outros meios de controle da Lei Maior, no particular intensamente aprofundado e ampliado, a começar pela disposição genérica do inciso XXXIII do art.5º, da Carta Política, afirmando que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Por força deste comando constitucional, o controle externo da administração pública desborda os limites institucionalmente demarcados, incorporando o povo no processo fiscalizatório e fazendo da participação popular um instrumento político hábil à abertura das inúmeras “caixas pretas” em que, não raro, se constituem os negócios públicos em nosso país, cuja marca de tradição patrimonialista – arquétipo de relações políticas, econômicas e sociais que predispões à burocracia, ao paternalismo, à ineficiência e à corrupção- herdada da colonização portuguesa, permanece, baldados os inegáveis esforços do legislador em espancá-la com normas plasmadas em nosso Direito positivo.⁸

Em primeiro lugar, assinale-se que, conquanto a Constituição assegure o direito de privacidade (art.5º, particularmente nos incs. X, XI e XII), garante em contrapartida, um *direito à informação* (art.5º, XIV), tutelado, inclusive, por remédio processual constitucional específico – o *habeas data* (art.5º, LXXII). Aliás, no que particularmente diz respeito ao *habeas data*, ressalte-se que, na forma da consagração constitucional,

(8) Conforme tão bem nos lembra FAORO, Rayumndo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1989, pg. 28 e ss.

serve ele não só para realizar concretamente o direito à informação, senão também para compelir a Administração à retificação de dados equívocos ou adulterados, guardados em seus registros.

Em segundo lugar, merece referência a circunstância de ter sido o clássico direito de petição (art.5º, XXXIV, “a”), valioso meio de contraste da atuação administrativa, adequadamente regulado e aparelhado. Isto porque, exercitando-se ele por meio de um processo administrativo, irá diretamente beneficiar-se da extensão, a este conferida, das clássicas e fundamentais garantias do processo judicial: publicidade, contraditório, ampla defesa (CF, art.5º, LV).

Ademais de tudo até aqui enunciado, goza também o cidadão, na nova ordem constitucional, de valiosos meios de ação política para o controle da atividade administrativa, tais como o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular (provisão genérica no art.14). Mas, para além dessas conquistas, importa destacar duas inovações controladoras: a) o direito do contribuinte de questionar a legitimidade das contas municipais (CF, art.31, § 3º); b) o direito do cidadão, ou de suas entidades representativas, de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante as Cortes das Contas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art.74, § 2º).

Ao lado destes controles da cidadania, temos ainda os controles que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública direta e indireta, nas diversas esferas de poder (Federal, Estadual, Distrital e Municipal), com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Veja-se que o exercício desta função fiscalizadora, em auxílio ao Poder politicamente responsável pela fiscalização, entretanto, não faz do Tribunal de Contas um órgão subordinado ao Poder que auxilia. Ao contrário, sua ação, bem ainda sua estrutura, independem de quaisquer Poderes do Estado⁹.

Destarte, ainda que caracterizado pela “independência institucional” e “pela ausência de subordinação hierárquica ao Legislativo”, o Tribunal de Contas exerce o controle externo da Administração Pública – auxiliando o Parlamento – agindo de ofício, de

(9) Ver neste sentido o trabalho de BOLZAN, Romildo & MILESKI, Hélio Saul. *Aspectos políticos da função do Tribunal de Contas*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: TCE/RS, vol.6, nº9, 1988.

modo autônomo, ou com ações especiais realizadas por solicitação deste, sempre que houver entendimento, por parte das casas parlamentares, da necessidade desta atuação. A matéria, de resto, está contemplada exclusivamente nas Constituições Federal e Estadual, tendo esta última, no Rio Grande do Sul, remetido seu disciplinamento ao texto constitucional federal, ao estabelecer, em seu art.70, que:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado e dos órgãos e entidades da administração direta e indireta, e de quaisquer entidades constituídas e mantidas pelo Estado, quanto à legitimidade, legalidade, moralidade, publicidade, eficiência, eficácia, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, será exercida pela Assembléia Legislativa mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada um dos Poderes, observado o disposto nos arts.70 a 75 da Constituição Federal.

Já o inciso IV, do art.71, do texto Constitucional Federal, comete ao Tribunal de Contas a competência para realizar, inclusive por iniciativa do Poder Legislativo, inspeções e auditores de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três Poderes, inclusive nas fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Para evitar o equivocado entendimento de que o Vereador, o deputado Estadual, o Deputado Federal e o Senador, são titulares da prerrogativa individual de instar o corpo técnico do Tribunal de Contas a realizar determinada ação fiscalizadora alheia às suas rotinas operacionais, mister é que fique esclarecido que é o Poder Legislativo, como instituição, o titular da prerrogativa de solicitar ao Tribunal de Contas o auxílio especial, e não o membro do Poder individualmente. Este, frise-se, deve submeter eventual solicitação ao Plenário, à Mesa, às Comissões Permanentes, Temporárias, Especiais ou de Inquérito.

A avaliação em cada caso, da necessidade institucional de acesso aos procedimentos privilegiados e especiais do Tribunal de Contas do Estado, cabe apenas a tais colegiados, como representação do Poder Legislativo¹⁰.

De acordo com a dicção do art.31, caput, e seu § 1º, da Constituição Federal, a fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados, ou ainda dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

Pela dicção do art.71, da Constituição Federal, ao Poder controlado cabe adotar as providências determinadas pelo Tribunal de Contas, podendo, se delas discordar, recorrer ao controle jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário. Tal procedimento, entretanto, não exime a autoridade controlada do cumprimento das determinações oriundas da ação desta Corte, enquanto não houver decisão do Poder Judiciário, prestador de jurisdição sobre o caso.

Assim é que, como regra geral, no direito brasileiro são sujeitos ativos da invalidação o Poder Judiciário e a Administração Pública. O Poder Judiciário poderá invalidar os atos administrativos no curso de uma lide, quando provocado para tanto, dependendo da reação do ordenamento jurídico com relação aos atos viciados. A Administração Pública, por sua vez, é sempre parte interessada na lisura de seus atos e poderá invalidá-los, *sponte propria*, ou quando convocada a fazê-lo, inclusive em face da ordem constitucional, pelo Tribunal de Contas.

De outra banda cumpre mencionar que, pelo fato da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, por força da Emenda Constitucional n.7, de 28 de junho de 1995, ter incorporado expressamente o princípio da motivação como um dos princípios informadores da Administração Pública, isto tem oportunizado ao Tribunal de Contas, através de manifestações de seu corpo funcional, sustentar que solicitações de ação especial que lhe chegam, oriundas de casas parlamentares, devem ser acompanhadas da devida motivação.

(10) Ver aqui o texto de RIBAS JR., Salomão. *Uma viagem a Hessen: a função dos Tribunais de Contas e as realidades no Brasil e na Alemanha*. Florianópolis: Imprensa Oficial, 1996.

Com efeito, não raro encontramos situações em que falta competência institucional à reivindicação à atuação do Tribunal de Contas, por parte do Poder ao qual está afeto o controle externo, oportunidade em que a instituição postulante exorbita de sua prerrogativa; contudo, isto se dá apenas quanto à carência de competência constitucional e não quanto a inexistência de motivação para a solicitação de atuação especial da Corte, isto porque esta é intrínseca à lógica jurídica ensejadora da decisão de pedir auxílio técnico especial nestas circunstâncias.¹¹

Dessa sorte, entende-se que as inspeções rotineiras do Tribunal de Contas, nas administrações públicas, para os fins do inciso III, do art.71, da Constituição Federal, devem apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para o cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do aro concessório(*grifei*); a compatibilidade dos mesmos com o disposto no art.37, e seus incisos, do mesmo diploma legal, inclusive no que respeita às disposições relativas ao estabelecimento de um teto remuneratório para os servidores públicos, e no que concerne com a cláusula contida art.17, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No exercício desta competência, deve o Tribunal de Contas, como prevê inc.IX, do art.71, da Constituição Federal: (...) *IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (...) (grifei)*. Deve, ainda, o Tribunal de Contas, - de acordo com o disposto nos incisos seguintes, de números X e XI, *sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado..., e representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.*

Este controle culmina, por parte do Tribunal de Contas, com a emissão de um parecer prévio anual sobre as contas apresentadas pelos governantes, encaminhando à casa legislativa respectiva (Congresso Nacional,

(11) Neste sentido, ver o trabalho de SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

Assembléias Legislativas, Câmara Distrital e Câmaras de Vereadores), que fará julgamento de caráter político, podendo acatar ou rejeitar o parecer do Tribunal de Contas. Quanto às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades mantidas e instituídas pelo Poder Público, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (art.71, III, CF), o julgamento é exclusivamente técnico, esgotando-se em termos administrativos na alçada do Tribunal de Contas.

Aliás, a própria Constituição do Rio Grande do Sul estabelece (art.15, caput) o princípio da não intervenção do Estado nos Municípios, ressalvando as hipótese elencadas nos incisos e parágrafos desta cláusula constitucional, de tal modo que a interferência do Estado (por seus três poderes, cabendo ao Poder Legislativo Estadual apenas apreciar o decreto de intervenção (cuja competência exclusiva à sua expedição é do Governador), ocorre excepcionalmente e tão somente quando: (a) deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; (b) não forem prestadas contas na forma da lei; (c) não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino; (d) o Tribunal de Justiça der provimento a representação para prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial, e para assegurar a observância dos seguintes princípios: a forma republicana, sistema representativo e regime democrático; os direitos da pessoa humana; a probidade administrativa.

O Governador poderá, ainda, decretar a intervenção no Município, de ofício, ou mediante representação de dois terços da Câmara Municipal, ou do Tribunal de Contas, nos casos das alíneas **a**, **b** e **c**, ou mediante requisição do Tribunal de Justiça, no caso do inciso IV, todos do referido art.15, da Constituição Estadual.

Por suposto, resta evidente de todas as opiniões expostas até aqui, que o Senador da República, o Deputado Federal, o Deputado Estadual e o Vereador – como cidadãos e independentemente de deterem ou não a representação eletiva popular desta ou daquela unidade da Federação – podem requerer informações e representar junto aos Tribunais de Contas de todo o Brasil, sejam municipais, estaduais ou federal, em ação decorrente da cidadania militante, arrimados no inciso XXXIII, do

art.5º, da Constituição Federal, alhures transscrito, ou ainda com amparo no § 2º, do art.74, do mesmo Texto Político, o qual dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas (...); e, no caso do Rio Grande do Sul, fundados no art.5º, da Lei estadual n. 10.547/95, batizada como Lei da Economicidade, o qual dispõe que *o serviço de ouvidoria pública, previsto pelo art.74, § 2º, da Constituição Federal, que funciona junto ao Tribunal de Contas do Estado, será amplamente divulgado e acolherá denúncias fundamentadas de irregularidades.*

Cumpre agora verificar, na perspectiva do controle jurisdicional da Administração Pública, como ela se estrutura no país, o que vamos fazer dando destaque ao tema da discricionariedade administrativa enquanto questão de difícil apreensão e operacionalidade conjuntural.

IV - O Controle Jurisdicional da Administração Pública e o problema da Discricionariedade:

A gênese da discricionariedade administrativa remonta aos umbrais da Idade Moderna e do Estado Liberal, quando havia identidade absoluta entre Direito e lei, à época do triunfo e do apogeu do princípio da legalidade. Deste período em diante, as relações entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, reagindo contra os abusos deste último, começaram a contar com uma certa tensionalidade especial, notadamente para frear os impulsos arrecadatórios e intervencionistas que marcaram a fase anterior¹², situação que foi facilitada com os limites normativos impostos às ações estatais, reduzindo em muito o seu âmbito subjetivo.

Estes marcos normativos, não obstante seu papel fundamental de contentor do absolutismo monárquico, não se mostraram por si só suficientes para deter ou prevenir os abusos da Administração em seu evolver, nem se revelaram aptos, como de fato não o poderiam ter sido, concebidos que foram com o fim de fortificar os Parlamentos, para conter os excessos dos legisladores¹³.

(12) RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1981, pg. 34 e ss.

(13) Como muito bem demonstra MAIRAL, Héctor. *Control Judicial de la Administración Pública*. V.I. Buenos Aires: Depalma, 1990, pg.29 e ss.

De qualquer sorte, a partir da Idade Moderna sabemos que falar em Administração Pública significa atrelar a ela a noção de juridicidade que, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os comandos gerais (principiológicos) previstos explícita ou implicitamente no sistema jurídico como um todo.

Esta moderna compreensão filosófica da Administração Pública, marcada pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios e das regras jurídicas do sistema vigente, com o consequente adensamento ao princípio da legalidade pelo da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade e, por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública¹⁴ .

Neste diapasão, entendendo-se por atividade administrativa discricionária aquela decorrente da concretização de normas que atribuem à Administração Pública certa margem de liberdade de decisão, seja para valorar e preencher os conceitos verdadeiramente indeterminados constantes naquelas normas, mediante um juízo de prognose axiológica; seja para agir mediante a ponderação comparativa crítico-social de interesses envolvidos na objetificação da ação pública; seja quando se procede à valoração e aditamento dos pressupostos de fato necessários à efetivação do comportamento estatal; seja quando se decide quando se vai editá-lo; seja quando se escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, a verdade é que, em todas estas situações, estamos diante, sempre, de possibilidades plurisignificativas de delimitação da fluidez de conceitos e categorias que forjam os próprios termos da lei.¹⁵

A despeito desta natureza reflexiva da norma e do próprio sistema jurídico, é a construção jurisprudencial e doutrinária desde o Direito Liberal mais clássico, bem como a consequente positivação de princípios jurídicos (gerais de direito e de direito¹⁶), que suscitarão a eclosão

(14) Ver sobre este debate o trabalho de MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995, pg.98.

(15) Ver o trabalho de LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, pg.118 e ss.

(16) Como muito bem diferencia GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

de diversas abordagens da discricionariedade administrativa, tendentes ora a alargar os aspectos normativos vinculados dos atos administrativos – ainda que de forma totalitária¹⁷ –, ora a subtrair do âmago da discricionariedade situações tradicionalmente nela inseridas, como, por exemplo, a formulação teórica dos conceitos jurídicos indeterminados, para finalmente desembocar nas teorias referentes a redução da discricionariedade a zero¹⁸.

Passo posterior a este em termos de modelos ocidentais (que nos interessam aqui) é o que viabiliza a possibilidade de um controle jurisdicional nos redutos indevassáveis e intocáveis da Administração Pública, antes intangíveis, da discricionariedade administrativa, para além dos limites da legalidade estrita, com a adoção de outros critérios, como, por exemplo, os da proporcionalidade e da razoabilidade, atingindo efetivamente os casos especiais e concretos de comportamentos estatais, e dando a eles tratamento individualizado (ainda que não ponderando questões mais axiológicas e deontológicas assaz presentes a partir do século XX – ao menos de forma mais explícita – na formatação dos sistemas jurídicos ocidentais e nas suas interpretações/aplicações)¹⁹.

João Caupers²⁰ ressalva que a persistência da idéia da possibilidade da escolha, como nota caracterizadora da discricionariedade, longe de eliminar a noção de parametricidade, a ela conduz. A parametricidade desta escolha subentende uma concepção positiva da discricionariedade, cuja essência, segundo o critério material, radica na *ponderação valorativa do interesse público*,

(17) Haja vista a experiência dos países da antiga União Soviética, viabilizando ao Estado uma liberdade de ação demasiadamente autoritária, em nome de um interesse público previamente definido. Ver o texto de BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2001.

(18) Prioridade de um modelo de sociedade e mercado que se pretendem livres da coerção intervintiva do Estado, consoante explanação de FRAGOLA, Umberto. *Degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1992, pg.51 e ss.

(19) Ver CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Ver também o trabalho de BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

(20) CAUPERS, João. *Considerações críticas à noção administrativa de discricionariedade gerencial*. In Revista de Direito Público, vol.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pg.49/72.

este já delimitado pelo próprio sistema jurídico como um todo (constitucional e infra-constitucional). É preciso fazer uma opção que promova a consecução do interesse público contemplado no sistema, em razão do qual se confere a discricionariedade.

Já na perspectiva de Carabba, vê-se um critério material em função da liberdade de apreciar o interesse público no caso concreto, adotado para definir a discricionariedade como a liberdade de valoração ou apreciação pela Administração do interesse público no caso concreto²¹.

Na dicção de Gianinni²², por sua vez, com uma perspectiva mais restritiva, a discricionariedade administrativa não pode perder de vista a consecução do interesse público primário – ou interesse público geral, definido na ordem jurídica. No entanto, durante sua atuação, deverá sopesar os interesses secundários – públicos e privados que merecem ser levados em conta ou merecem ser sacrificados para a satisfação do interesse público primário. Denomina de primário, o interesse público que uma autoridade tem no seu rol de atribuições ou de competências, e secundários, para aquela autoridade, os demais interesses que se encontram no tecido social, sem se preocupar muito com os aspectos políticos e valorativos que estão presentes aqui.

Segundo Marzuoli²³, o fenômeno discricionário se especifica e consiste na determinação daquela decisão que, em uma dada situação, corresponde à consecução do interesse público, mediante uma comparação e atribuição de valor aos distintos interesses, ponderando, pois, sobre as bases axiológicas que estão presentes sempre na ação estatal, explicita ou implicitamente.

Em face de tais considerações, temos que a discricionariedade não pode mais ser compreendida como âmbito neutral sob o prisma da política e do político, mas, pelo contrário, encontra-se imersa neles, eis que se pauta pela eleição temporal, espacial e substantiva da ação estatal, através dos governantes – enquanto agentes políticos concretizadores

(21) CARABBA, Manin. *La valutazione e il controllo strategico*. In Il Sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni. Milano: Giuffrè Editore, 2004, pg.45/62.

(22) GIANINNI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, Terza edizione, Giuffrè, 1988, pg.39.

(23) MARZUOLI, Ricardo. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985, p.164.

dos interesses públicos. Por tal perfil, a discricionariedade administrativa se evidencia como a exteriorização cotidiana (e não excepcional) dos atos de governo, fundados ou não em prévios dispositivos normativos autoritativos destes comportamentos, matéria que não pode ficar imune à sindicabilidade e controles dos Poderes Estatais.

A concepção de discricionariedade traduzível na impossibilidade de controle institucional e social, concebida à época em que o Direito se identificava com uma legalidade restritiva e gramatical, precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea de Estado Gestor vinculado a um sistema jurídico como plexo de valores em potencial estado de concretização.

Ademais, o núcleo central da discricionariedade, para nós, não se esgota no aspecto político do ato administrativo imune à revisão institucional ou social, perfazendo-se com a conjugação daqueles três elementos já referidos: *o complemento da previsão aberta da norma, a margem da livre decisão e a ponderação valorativa de interesses concorrentes, balizada pela ordem normativo-axiológica vigente*.

Mais especialmente no que tange ao controle jurisdicional, podemos afirmar que, se há no novel sistema jurídico brasileiro um cenário mais ampliado de direitos e garantias, públicos e privados, cuja responsabilidade à efetivação e controle é compartilhado subjetiva e materialmente por todos os atores sociais envolvidos, o Estado Juiz pode e deve (como qualquer outro Poder de Estado) fazer operar o que podemos nominar de *controle de jurisdicidade* da Administração Pública, entendido aqui como aquele que abrange o exame da conformidade dos elementos vinculados da ação estatal com a lei (*controle da jurisdicidade latu sensu*), no sentido mais amplo do seu termo, aqui envolvendo toda o plexo axiológico que a compreende (notadamente o constitucional), e o da compatibilidade dos elementos discricionários pertinentes a todas as ações estatais (umas de forma mais intensa, outras de forma menos intensa) com este plexo valorativo(*controle da jurisdicidade stricto sensu*).

Assim, estamos dizendo que há no país hoje a possibilidade de exercitar o Poder Judiciário um controle jurisdicional de jurisdicidade *latu e stricto sensu* sobre a Administração Pública, alcançando inclusive os elementos constitutivos desta ação (ato) administrativa, vale dizer,

sobre a valoração administrativa que envolve os juízos de motivação, objeto, forma, oportunidade e conveniência para a prática do ato, suas bases fundantes de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade.

Enquanto o controle de legalidade *latu sensu* compreende a verificação da correspondência entre os elementos da competência e forma do ato administrativo com a moldura previamente fixada na norma, e nos atos predominantemente vinculados, também dos motivos e objetos do ato²⁴ , o controle de jurisdic平ade em estrito senso, consiste no exame da compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo, predominantemente discricionário em face do plexo axiológico a que está jungido²⁵ .

Estes temas não têm sido debatidos com a devida seriedade hoje, eis que a doutrina jus-administrativista brasileira hegemônica tem resistido aos vários tipos de controles que referimos anteriormente, notadamente o judicial. Para autores como Germana de Oliveira Moraes, esta é também uma questão cultural, eis que desde o Império o tema da Administração Pública sempre esteve restrito aos corredores palacianos e distante do controle político e jurídico vigentes.²⁶

Robert Alexy²⁷ afirma que o caráter do princípio da discricionariedade implica a máxima da proporcionalidade, e esclarece que este princípio, com suas três máximas parciais de adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno), e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito), infere-se logicamente de sua natureza política e jurídica, a saber, desta se deduz.

Veja-se que este princípio da proporcionalidade surge bem cedo na jurisprudência da Corte Administrativa Suprema da Prússia (1892), que verificava, consoante registra Michel Fromont, se as decisões de polícia

(24) Tal estrutura de compreensão da legalidade do ato e suas possibilidades de aferição pode ser apreendida do texto de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdiccional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

(25) Tal perspectiva já é antiga em termos de doutrina na cultura jurídica Ocidental, haja vista a posição de QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1052, pg.21.

(26) Ver o excelente trabalho de MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdiccional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.

(27) ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pg.118.

eram necessárias. Assinala ainda esse autor que na doutrina alemã, Otto Mayer, Walter Jellineck e Fritz Fleiner, cuidaram dos limites do exercício do poder de polícia, a partir de formulação de critérios correspondentes a dimensões da proporcionalidade: excesso de poder, inaptidão, insuficiência, nocividade e necessidade, às quais se acresceram, a partir da Lei Fundamental de 1949, de uma nova, a saber, se a medida tomada era proporcional ao fim perseguido²⁸.

Consoante registro de Forsthoff²⁹, era fácil generalizar esta regra, pois, mesmo quando não se queria impedir o Estado de realizar seus fins, a Constituição protegia com tanta insistência a livre expressão da pessoa, que não se admitia ao legislador ou à Administração impor à liberdade restrições que excedessem ao que fosse necessário para se atingir o fim justificadamente público perseguido.

Hartmut Maurer³⁰ informa que, atualmente, na jurisprudência administrativa tedesca, o princípio da proporcionalidade aplica-se antes de tudo aos atos administrativos que impõem uma obrigação ou uma sujeição aos interesses privados, cuidando para que a relação entre os fins e os meios utilizados para tanto guardem um equilíbrio o menos oneroso àqueles.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello³¹, em época já remota, nada justifica, no Estado de Direito, a figura dos atos políticos em oposição aos atos administrativos. Confira-se:

Se dizem respeito à manifestação da vontade individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos. Se violarem

(28) FROMONT, Michel. *L'Etat moderne et l'administration*. Paris: LGDJ, 1997, pg.92.

(29) FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Druma, 1994.

(30) MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sergioi Antonio Fabris Editor, 2001.

(31) MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, pg.82.

a lei e ofenderem direitos de terceiros ou lhe causarem danos, cumpre estar sujeitos à apreciação do Judiciário. No Estado de direito, torna-se inadmissível atividade insusceptível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.

Sustenta, todavia, parte da doutrina tradicional³² especializada, serem os atos políticos insusceptíveis de controle jurisdicional, exatamente por envolverem matéria política, mérito político. Sua apreciação judicial é admitida tão-somente quando argüidos de lesivos a direito individual.

Esse entendimento, com a máxima vênia, contraria frontalmente o sistema jurídico como um todo, notadamente a Constituição que, em nenhuma parte enuncia a vedação entrevista. Muito pelo contrário, consagra no art.5º, XXXV, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, e nos arts. 102, I, a; II, a e b; III, a, b e c; e 103, § 2º, o princípio da constitucionalidade dos atos estatais, ao dispor sobre os mecanismos assecuratórios da supremacia constitucional (pela ordem, a ação direta de inconstitucionalidade, o recurso ordinário, o recurso extraordinário, e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aliando-se aqui o novel instituto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, regulamentada pela Lei Federal nº 9.882/99, diploma regulador do art. 102, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988, transcorridos já mais de 11 anos de sua entrada em vigor³³).

V – Considerações Finais:

Ao fim e ao cabo, a título de conclusões preliminares sobre esta matéria tão candente, temos que todo e qualquer ato praticado pelo governo – seja político ou não (tanto faz a denominação que se lhe dê ou a configuração que tenha) – sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em consequência, como cabe

(32) Miguel Seabra Fagundes, em sua obra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979. José Cretella Júnior, no texto *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

(33) Ver o artigo de SARLET, Ingo. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Alguns aspectos controversos*. In Revista AJURIS, vol.84. Porto Alegre: RTJRS,

ao Poder Judiciário velar pela constitucionalidade das ações estatais, nenhuma questão atinente à consecução dos direitos e garantias da sociedade brasileira, conectada aos seus poderes/deveres institucionais, pode ser subtraída de sua apreciação³⁴.

Estamos sustentando que, no Estado Democrático de Direito previsto para o país, torna-se-ia inadmissível atividade isenta de controle jurisdicional, não só quando viola direitos, mas também – ante a garantia da constitucionalidade – quando contraria princípios fundamentais e preceitos constitucionais. Portanto, impõem-se afirmar que não há ato estatal inscindível pelo Poder Judiciário ou pelas formas institucionais de controle existentes, desde que viole direitos ou represente potencial risco às garantias asseguradas pelo sistema jurídico pátrio – através de suas regras e princípios fundacionais.³⁵

Significa dizer, com Engisch, que há uma certa discricionariedade jurisdicional neste particular, porém, ela não é livre e tampouco se encontra no âmbito meramente subjetivo do magistrado:

*Trata-se antes, na maioria dos casos, de conceitos normativos que exigem na verdade uma valoração, a qual, todavia, não é uma valoração pessoal, mas uma valoração objetivamente válida. A valoração que aqui se realiza não precisa ser necessariamente uma valoração estritamente pessoal do julgador. Pode antes significar que este (órgão apreciador do Direito) deve indagar e determinar valorações prévias da generalidade das pessoas ou de determinados círculos.*³⁶

(34) Já trabalhei este tema no livro LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

(35) Neste passo, ver o trabalho de CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

(36) ENGISCH. Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 2000, pg.175. Ver também o texto de DWORKIN, Ronald. *The Judge's new role: should personal conviction count?*. In *Journal of International Criminal Justice*. Vol.37. England: Oxford Press University, 2003, pg.19/37.

Não estamos, com isto, defendendo teses de ativismo judicial ou devassa do princípio igualmente constitucional da independência dos Poderes do Estado, mas lhe dando conformação constitucional consentânea aos valores, finalidades e objetivos previstos pela própria Carta Política, garantindo, em sede de controle (*check and balance*) todo o necessário procedimento de participação dos sujeitos envolvidos, bem como a interlocução ínsita ao devido processo e a ampla defesa, sob pena de esvaziarmos a eficácia social das conquistas democráticas alcançadas pela via da ordem institucional e representativa hodierna, como aliás, desafortunadamente, tem-se comportado boa parte da jurisprudência pátria³⁷.

(37) Pelo que podemos ver nos termos do Acórdão prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Rel. Min. Adhemar Maciel, no Rec. Especial nº 63.128-9, oriundo de uma ação civil pública promovida com o fito de obrigar o Governo Goiano a construir um centro de recuperação e triagem para adolescentes infratores, onde encontramos afirmações como as que seguem: *A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são dirigentes e programáticas. Têm, no particular, preceitos impositivos para o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as tarefas e programas pré-estabelecidos) e para o Judiciário (atualização constitucional). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indébita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada.*

VI – BIBLIOGRAFIA

- ALEXY. Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BOLZAN, Romildo & MILESKI, Hélio Saul. *Aspectos políticos da função do Tribunal de Contas*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: TCE/RS, vol.6, nº9, 1988.
- BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2001.
- CARABBA, Manin. *La valutazione e il controllo strategico*. In Il Sistema dei controlli interni nelle pubbliche amministrazioni. Milano: Giuffrè Editore, 2004.
- CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- CAUPERS, João. *Considerações críticas à noção administrativa de discricionariedade gerencial*. In Revista de Direito Público, vol.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pg.49/72.
- COUTO E SILVA, Almiro. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. In: Revista de Direito Público, n.84: 46-63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CRETELLA JR., José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *The Judge's new role: should personal conviction count?*. In Journal of International Criminal Justice. Vol.37. England: Oxford Press University, 2003, pg.19/37.
- ENGISCH, Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 2000.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- FAORO, Rayumndo. *Os Donos do Poder*. Rio de Janeiro: Globo, 1989.

- FERREIRA, Sérgio D'Andrea. *A identidade da função de controle da Administração Pública*. In: Perspectivas do Direito Público - Estudos em Homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Carmen Lucia Antunes Rocha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Druméa, 1994.
- FRAGOLA, Umberto. *Degli atti amministrativi*. Milano: Giuffrè, 1992.
- FROMONT, Michel. *L'Etat moderne et l'administration*. Paris: LGDJ, 1997.
- GIANINNI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*, Terza editione, Giuffré, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- . *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos Direitos Civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. In Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- MACEDO, Heitor. *O Controle da Administração Pública Brasileira: uma retrospectiva histórica e política*. Rio de Janeiro: Globo, 1966.
- MAIRAL, Héctor. *Control Judicial de la Administración Pública*. V.I. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- MALANDI, Orlando. *El nuevo derecho publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- MARZUOLI, Ricardo. *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, Giuffrè, 1985.
- MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sergioi Antonio Fabris Editor, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdiccional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- MELLO, Oswaldo Bandeira de. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

- MORAES, Germana de Oliveira. *O controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*. São Paulo: Dialética, 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de F. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1952.
- RIBAS JR., Salomão. *Uma viagem a Hessen: a função dos Tribunais de Contas e as realidades no Brasil e na Alemanha*. Florianópolis: Imprensa Oficial, 1996.
- RIVERO, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 1981.
- SANDEL, Ernest. *Liberalism and the limits of justice*. Boston: Harvard University Press, 1999.
- SARLET, Ingo. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - Alguns aspectos controversos*. In Revista AJURIS, vol.84. Porto Alegre: RTJRS, 1998.
- SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

INOVAÇÕES DA AÇÃO REVOCATÓRIA

Áureo Virgílio Queiroz

Juiz de Direito do Poder Judiciário do Estado de Rondônia

INOVAÇÕES DA AÇÃO REVOCATÓRIA

Áureo Virgílio Queiroz

1. Considerações iniciais

No dia 9 de fevereiro de 2005, foi publicado a Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, o qual reforma, expressamente, o Decreto-lei 7.661, de 21 de junho de 1945, comumente chamado de “Lei de Falências”.

Este novo diploma regula a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária.

O escopo deste trabalho é o de discorrer acerca das inovações trazidas pela Lei n. 11.101/05 relativamente à ação revocatória. Trata-se de apontar aquilo que efetivamente há de inovador de uma forma organizada e sistemática. Para tanto, é feita uma comparação com as regras do Decreto revogado e com a disciplina da Lei 11.101/05.

2. Atos ineficazes e atos revogáveis: repercussão prática da distinção.

A nova Lei de Falências prevê duas situações distintas, ou seja, os atos ineficazes e atos revogáveis.

Na verdade, enfatiza Ricardo Negrão que foi mantida pela nova lei a terminologia clássica que denomina ineficazes os atos mencionados no art. 129 e revogáveis os atos do art. 130. Na seqüência, referindo-se a Fábio Ulhoa Coelho, diz que esse autor, modernamente, distingue a declaração de ineficácia em dois gêneros: no art. 129, temos as hipóteses de ineficácia objetiva; e no art. 130, os de ineficácia subjetiva, caracterizando-se a distinção nas expressões “seja ou não intenção deste fraudar credores” (art. 129) e “com a intenção de prejudicar os credores” (art. 130)¹.

(1) NOGUEIRA, Ricardo José Negrão, *in* PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 488.

De qualquer maneira, há uma diferença teórica e prática se o comportamento do falido se enquadrar nas hipóteses do art. 129 ou nas situações do art. 130.

Com efeito, no art. 129, a ineficácia apresenta as seguintes características:

- a) desnecessidade de *consilium fraudis*, ou seja, dispensa-se qualquer análise do elemento subjetivo;
- b) presunção absoluta de fraude; e
- c) prejuízo presumido.

Com relação ao art. 130, a revocatória possui como requisitos:

- a) subjetivo: conluio; e
- b) objetivo: o efetivo prejuízo.

Nesse passo, pontifica Ricardo Negrão:

“As expressões ‘ineficácia e revogação’ escolhidas pelo legislador pretendem revelar o tratamento distintivo que se deu à matéria: os casos mencionados no art. 129 não apenas prescindem da investigação quanto ao elemento subjetivo – o fato é presumido pelo legislador – como também independem da prova do efetivo prejuízo sofrido pela massa falida e da ação judicial para seu reconhecimento. Trata-se de matéria de ordem pública, cuja declaração pode ser feita de ofício”².

Por seu turno, enfatiza Antônio Martin:

“Vê-se, desta forma, que os negócios que se enquadram no rol do art. 129 da Lei 11.101/2005 poderão ser declarados ineficazes sem a exigência do *consilium fraudis* e sem a exigência da intenção de fraudar os credores. A Lei, aqui, através da presunção *iuris et de iurei*, configura a existência

(2) Ibidem, p. 489.

dos elementos que autorizam a declaração de ineficácia do negócio jurídico. O evento danoso, todavia, será cogitado na hipótese de o dano ocorrer contra a massa. Com efeito, se do negócio entabulado pelo falido durante o termo legal resultou lucro para a massa, não há porque ajuizar-se a revocatória ou pleitear-se a declaração da ineficácia do negócio. Não se pode deixar de considerar que o interesse jurídico a ser protegido, em caso de falência, é o interesse que os credores têm em receber os valores representativos de seus créditos”³ .

Ressalta-se, outrossim, que, no art. 129, são listados atos em sete incisos, envolvendo, por exemplo, pagamento de dívidas, constituição de garantias, atos gratuitos, renúncia a heranças, venda de estabelecimentos e registros de direitos reais e de transferência de imóveis.

Já, no art. 130, os atos são apenas descritos em termos genéricos.

Deveras, aqui é irrelevante a época em que foi praticado, próxima ou distante da decretação da falência, bastando a ineficácia perante a massa a demonstração de que o falido e o terceiro agiram com fraude.

Nessa conjuntura, é possível que, configurando-se o conluio fraudulento, uma situação que deixou de ser enquadrada no art. 129, venha ser objeto de ação revocatória. A exemplo disso, Fábio Ulhoa Coelho afirmou:

“Assim, independentemente da época em que o ato foi realizado, se objetivou fraudar credores ou a finalidade da execução concursal, não produzirá seus efeitos perante a massa falida. Como exemplo, pode-se dizer que qualquer ato referido pelo art. 129, I a IV e VII, da LF, mas não alcançado por esses dispositivos, porque praticado fora do prazo correspondente, será ineficaz se provado que as partes agiram com fraude.

(3) MARTIN, Antônio, *in* JUNIOR, Francisco Satiro de Souza, PITOMBO, Antônio Sérgio A de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 464.

Outros exemplos podem ser colecionados. A simulação da separação judicial do empresário individual, feita com o objetivo de transferir à propriedade do ex-cônjuge os bens valiosos do casal, é ato fraudulento que não produz efeitos perante a massa falida. A constituição de um *offshore company*, quando destinada a fraudulentamente lesar os credores, também não produz efeitos perante a massa”⁴.

3. Dispensabilidade da ação revocatória nos casos do art. 129

Um dos dispositivos de maior relevância é o parágrafo único do art. 129, o qual prescreve:

“Art. 129.

Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo”.

Ora, até então, interpretando o art. 57 do Decreto-lei 7.661/45⁵, não se possibilitava a declaração de ineficácia independentemente do ajuizamento da ação revocatória. É o que aponta Fábio Ulhoa Coelho:

“Na lei anterior, qualquer que fosse a espécie de ineficácia (objetiva ou subjetiva), sua declaração deveria ser feita sempre por sentença terminativa de ação revocatória.

Na atual, muda-se a disciplina da matéria. A ação revocatória é exigida apenas na declaração de ineficácia subjetiva.

A ineficácia objetiva pode ser declarada, em primeiro lugar, de ofício pelo juiz nos autos principais da falência. Constatando que neles já se encontra prova da prática do ato lisado no art. 129, o juiz pode, por mero despacho,

(4) COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 354.

(5) Artigo 57. “A ineficácia do ato pode, também, ser oposta como defesa em ação ou execução, perdendo a massa o direito de propor a ação de que trata o artigo anterior”.

declarar a ineficácia. Evidentemente, nada obsta que o administrador judicial, o Ministério Público ou qualquer credor interessado peticione indicando o cabimento da declaração de ineficácia e a requeira.

Além disso, a ineficácia objetiva pode ser declarada também em sentença terminativa de qualquer ação de conhecimento, seja a massa falida autora ou ré, desde que, evidentemente, suscitada a matéria respectivamente na petição inicial ou na defesa. Essa ação pode ser independente ou incidente em relação ao processo falimentar”⁶.

Agora, com a Lei 11.101/2005, a declaração de ineficácia com base no art. 129 pode ocorrer de ofício ou motivada por simples requerimento.

Pode-se, outrossim, argumentar que a declaração de ofício pelo juiz feriria o princípio constitucional do devido processo legal, o que ensejaria recursos protelatórios. É o que Antônio Martin chama a atenção, expondo o seguinte:

“O legislador, que foi cuidadoso ao exigir ação própria para a desconstituição da personalidade jurídica (art. 82, da Lei 11.101/2005), não tomou o mesmo cuidado quando permitiu que a declaração de ineficácia pudesse ocorrer de ofício ou motivada por simples requerimento nos próprios autos de falência. A declaração de ineficácia, consoante disposição dos atos previstos no art. 129 da Lei 11.101/2005, deveria ser precedida do devido processo legal, com a intimação do terceiro que contratou com o falido, para que expusesse razões de defesa, acompanhando, assim, o mandamento constitucional, inserido no art. 5º, LIV, da CF. Evidentemente, a desobediência ao devido processo legal, poderá criar situações contenciosas que ensejarão recursos retardatários do feito falimentar”⁷.

(6) *Ibidem*, p. 353.

(7) MARTIN, Antônio, op. cit., p. 463.

Todavia, como aduz Fábio Ulhoa Coelho é a espécie da ineficácia que vai determinar o meio processual adequado à sua declaração. Diz o autor:

“Dependendo da espécie, o meio processual adequado para a declaração de ineficácia varia.

Quando é objetiva, ela pode ser inicialmente declarada de ofício pelo juiz nos autos da falência. Quando houver provas suficientes da frustração dos objetivos do concurso falimentar juntadas a esses autos, o juiz declara a ineficácia objetiva do ato por mero despacho. Se não houver tais provas reunidas no processo falimentar, a ineficácia deverá ser buscada pela ação própria (que não possui nenhuma designação específica na lei) ou mediante exceção, em processo autônomo ou incidente ao da falência.

Já a ineficácia subjetiva do ato deve ser declarada pelo juiz da falência numa ação falimentar específica, a *revocatória*. A diferença se explica pela extrema complexidade dessa última espécie de ineficácia, quando posta em confronto com a objetiva”⁸.

O fato é que, pela Lei 11.101/2005, a ação revocatória só é indispensável nos casos do art. 130, direcionando as hipóteses em que haja a intenção de prejudicar credores e o conluio fraudulento, entre o falido e o terceiro que com ele contratou. Nos casos do art. 129, a ação poderá até ser dispensada. Isso porque, como salientado, a ineficácia pode ser declarada de ofício pelo juiz, por simples decisão interlocutória.

4. Ação revocatória

4.1. Conceito e finalidade

A ação revocatória é típica do direito falimentar e tem por objetivo restabelecer o *status quo ante* (estado anterior), considerando-se os atos jurídicos anteriores à quebra, nos quais participaram o empresário ou sociedade empresária e terceiros.

(8) COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., p. 357.

Como ensina Antônio Martin:

“É, a revocatória, ação de natureza pessoal que objetiva não a nulidade do ato que ataca, mas o resarcimento de danos aos credores, podendo se dizer que é uma ação de restituição, com a qual as partes voltam ao estado anterior do ato impugnado, ou, como se diz, é a restauração do estado jurídico anterior ao ato. Seu fundamento essencial é a fraude e não um vício de consentimento”⁹.

Salienta, por seu turno, Ricargo Negrão que:

“embora a Lei Falimentar utilize a expressão revocatória, podendo dar a entender que os atos serão anuláveis ou nulos, na verdade, o que ocorre na falência, com as ações revocatorias, é apenas a desconstituição da eficácia de atos praticados pelo falido, relativamente à massa falida, enquanto sob o efeito da sentença de falência. A ação é constitutiva negativa e o pedido é de restituição (Pontes de Miranda, 1999: 354; 359) do bem à massa falida (art. 135)¹⁰.

Portanto, a ação revocatória tem por finalidade declarar a revogação do ato jurídico do devedor, praticado antes da falência, para que entrem para massa bens indevidamente retirados do seu patrimônio¹¹.

Vale dizer: a função da ação revocatória é proteger a massa, recuperar bens.

4.2. Requisitos

Uma novidade da Lei 11.101/05 é a norma do art. 130:

“Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida”.

(9) MARTIN, Antônio, op. cit., p. 465.

(10) NOGUEIRA, Ricardo José Negrão, op. cit., p. 491.

(11) MARTIN, Antônio, op. cit., p. 464.

O art. 53 do Decreto Lei 7.661/45 tem a seguinte redação:

“Art. 53. São também, revogáveis, relativamente à massa, os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se a fraude do devedor e do terceiro que com ele contratar”.

O que a Lei 11.101/05 trouxe como novidade o fato de que, para ser o ato declarado ineficaz, deverá ser também comprovado o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida, o que não era exigido pelo artigo 53 do Decreto-lei 7.661/45, devendo ainda ser provado o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar¹² .

De outro turno, a Lei 11.101/05 deixou de constar a expressão “*relativamente à massa*”, como era previsto no Decreto-Lei 7.661/45.

Contudo, é evidente que o interesse de agir na ação revocatória está relacionado com ato praticado em detrimento à massa falida. Como aponta Antônio Martin:

“O dano deve ocorrer em relação à massa de credores, cujo interesse será examinado na ação revocatória. O interesse a ser protegido na revocatória é o da massa e não o falido. Assim, o ato impugnado pode ser benéfico ao falido, ao terceiro, mas prejudicial à massa e é nesta hipótese que se ajuíza a ação revocatória. Se for benéfico à massa, ainda que prejudicial ao falido, não haverá o evento danoso a ser justificador da propositura da ação”¹³ .

Desta feita, o manejo da ação revocatória exige a presença de dois requisitos: efetivo prejuízo (*eventus damni*) e conluio fraudulento (*consilium fraudis*). O primeiro é um requisito de caráter objetivo, ao passo que o segundo o é de caráter subjetivo.

(12) SPINELLI, Andréa Martins Ramos, *in* MACHADO, Rubens Approbato (Coord). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 211.

(13) *Ibidem*, p. 470.

4.3. Requisito objetivo: efetivo prejuízo

O efetivo prejuízo é o dano provocado pelo desfalque do patrimônio do devedor que, alienando seus bens, prejudica a satisfação integral de suas dívidas. É, pois, o dano que decorre da insolvência do devedor relativamente às dívidas que contraiu.

Pode-se apontar como características do efetivo prejuízo:

- a) lesão à garantia patrimonial do credor;
- b) insolvência; e
- c) impossibilidade prática de recebimento.

Nessa esteira, é imprescindível haver nexo de causalidade entre a insolvência do devedor e a lesão à garantia patrimonial do devedor. Em outras palavras, deve haver um nexo entre as alienações fraudulentas e a insolvência do devedor.

Contudo, a dificuldade que surge é quanto a prova desse efetivo prejuízo, tal como apontado por Manoel Justino Bezerra Filho:

“Esse efetivo prejuízo, exigência inexistente prevista na Lei de Falências de 1945, será um severo complicador para o êxito da ação revocatória. Até o momento, provado o ato fraudulento, o bem volta à massa falida. Segundo a nova lei, além da fraude, é necessário provar o efetivo prejuízo, prova dificílima, se não impossível. Nesse ponto, a nova lei demonstra retrocesso, aumentando a facilidade de acobertamento de fraudes”¹⁴.

Para contornar essa dificuldade da lei, ao que parece a tendência é relativizar a produção dessa prova. Vale dizer: não caber à parte autora o ônus de provar o efetivo prejuízo, bastando que se alegue a sua existência, ficando a cargo do devedor, provar a sua eventual inexistência.

Todavia, entendo que tal a sustentação do prejuízo como presumido é muito forçada. Ao que parece a doutrina pretende dispensar a discussão do prejuízo.

(14) FILHO, Manoel Justino Bezerra. Ação Revocatória. Artigo publicado no Jornal Valor Econômico, 1º fev. 2005.

Ao meu ver, a intenção da lei é que o autor prove, já que o *eventus damni* aparece como elemento importante de modificação na ação revocatória.

4.5. Requisito subjetivo: conluio fraudulento

O conluio fraudulento é o intuito do devedor em furtar-se ao cumprimento de suas obrigações.

Há situações em que o conluio fraudulento goza de presunção absoluta, em virtude de expressa previsão legal: negócios a título gratuito ou remissão de dívidas (CC, art. 158), pagamento antecipado de dívida não vencida (CC, art. 162) e concessão de garantia (art. 163). Em tais casos, há a necessidade de se provar tão-somente o efetivo prejuízo.

Situação diferente ocorre quando se tratam de contratos onerosos, pois não há presunção absoluta de conluio fraudulento e, por conseguinte, o mesmo deve ser provado pelo autor da ação. Em tais hipóteses, a configuração do conluio fraudulento requer a análise de aspectos subjetivos do devedor, e, também, daquele que com ele contrata.

Nessa perspectiva, resta saber como se configura o conluio fraudulento.

Ricardo José Negrão Nogueira refere-se a existência de três correntes¹⁵.

Uma que entende que basta o simples conhecimento por parte do devedor de que o ato causa ou possa causar prejuízo aos demais credores, e que o terceiro também saiba do prejuízo que o ato acarretará. Acompanham essa corrente Pontes de Miranda e José da Silva Pacheco.

Outra argumenta que deva haver distinção entre as condutas do devedor falido e do terceiro que com ele contrata, exigindo, do primeiro, a intenção de prejudicar e, do segundo, ciência dessa vontade. No caso, não é preciso que o terceiro tenha intenção de prejudicar. É a corrente de Rubens Requião e Valverde.

A última, que se alicerça nos ensinamentos de Spencer Vampré e Carvalho de Mendonça, sustenta que deve haver distinção entre as

(15) NOGUEIRA, Ricardo José Negrão , op.cit., p. 506-508.

condutas do devedor e do terceiro nos seguintes aspectos: intenção de prejudicar pelo devedor e ciência pelo terceiro da situação econômico-financeira do devedor.

Ricardo Negrão adota a terceira corrente. Para tanto, aduz:

“A prova da fraude do devedor e do terceiro, em cada caso concreto, se revelará pelos atos que antecederam o ato inquinado de fraude e a ciência do estado patrimonial do devedor. Se no curso do processo ficar evidenciado que o terceiro tinha conhecimento desse estado – em razão do número de protestos ou ações de execução distribuídas em nome do devedor ou pelo conhecimento de fatos como os enumerados pela Lei Falimentar – sua adesão à intenção de prejudicar credores é presumida”¹⁶.

Por outro lado, tal como no efetivo prejuízo, a lei criou uma dificuldade quanto à prova do conluio fraudulento.

Com efeito, a prova do conluio inviabiliza a ação revocatória. Destoa da ação pauliana, da qual se inspira.

A lei, nesse ponto, não foi feliz. Faz-se necessário outra interpretação, no caso tal como a ação pauliana. A prova, portanto, tem que ser indiciária.

5. Legitimidade

Na nova disciplina da ação revocatória, há mudança significativa no tocante à legitimidade ativa. Pelo art. 132, quem está legitimado para promover a ação é o administrador judicial, qualquer credor e o Ministério Públíco.

No Decreto-lei 7.661/45, a matéria era tratada no art. 55¹⁷, que restringia a legitimidade para propositura da ação revocatória ao Síndico, se exercida no prazo previsto na lei, e/ou de qualquer credor, se ultrapassado o referido lapso temporal.

(16) Ibidem, p. 508.

(17) Artigo 55: “A ação revocatória deve ser proposta pelo síndico, mas, se o não for dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à data da publicação do aviso a que se refere o art. 114 e seu parágrafo, também poderá ser por qualquer credor”.

5.1. A Legitimidade do Ministério Público

A Lei de Falências revogada (Decreto-Lei 7.661/45), em seu artigo 210, dispunha expressamente:

“O representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra esta. Caber-lhe-á o dever, em qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da justiça, tendo o direito, em qualquer tempo, de examinar todos os livros, papéis e atos relativos à falência e à concordata”.

Por força do mencionado dispositivo legal, o Ministério Público exercia uma atividade ampla e diversificada, por seus órgãos de execução, as Promotorias de Massas Falidas.

Outrossim, pela lei revogada, o Ministério Público não detinha legitimidade para a propositura de ação revocatória.

Agora, pelo art. 132 da Lei 11.101/05, o Ministério Público tem como nova atribuição a legitimidade para propor ação revocatória. Paralelamente, poderá intervir, como fiscal da lei, em todos os atos da ação revocatória, quando não a tiver proposto (art. 134).

Pois bem, resta saber, então, qual o interesse público a ser zelado pelo Ministério Público na ação revocatória e, com isso, averiguar se o art. 132 da Lei 11.101/05 é compatível ou não com as finalidades constitucionais do Ministério Público?

De antemão, tenho que o interesse público que determina a intervenção do Ministério Público nos processos de falência, e também nos de recuperação judicial, é o chamado “interesse público primário”, que conforme Renato Alessi, é o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo, não se confundindo com o interesse público secundário que é o modo como os órgãos da administração vêem o interesse público, como esclarece Hugo Nigro Mazzilli¹⁸.

(18) MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 42.

Nessa esteira, encontra-se justificativa e base constitucional para essa nova atribuição do Ministério Público na própria norma inserta no art. 127, caput da Carta da República de 1988, que exemplarmente o define como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Desta feita, o art. 132 da Lei nº 11.101/05 não é incompatível com as finalidades institucionais do Ministério Público. A propósito, leciona Hugo Nigro Mazzili:

“Tanto no processo falimentar, como na ação revocatória, existe interesse público e interesse social na composição do conflito. A decretação de quebra mata a empresa, provocando uma série de graves consequências jurídicas e fáticas (sob o aspecto econômico e social), as quais, embora às vezes necessárias, nem sempre são inevitáveis. Nessa atuação, zela o Ministério Público para que não seja decretada gratuitamente a quebra de empresas que possam resolver suas pendências de maneira menos gravosa para ela própria e para a sociedade, pois a vitalidade empresarial é relevante para coletividade (produção de bens e riquezas; desenvolvimento social e econômico; criação e manutenção de empregos); fiscaliza o funcionamento hígido do sistema empresarial (abalo no crédito e no mercado); apura a eventual ocorrência de crimes de ação pública, como os de natureza falimentar, tributária ou trabalhista; acompanha a habilitação e o pagamento dos créditos trabalhistas, que têm natureza social, bem como a dos demais créditos, ainda que individualmente disponíveis, em seu conjunto significam lesão a interesses transindividuais, em defesa dos quais o Ministério Público está legitimado a atuar, desde que tenham caráter coletivo e expressão social. Nesses feitos, pois, o trabalho do Ministério Público constitui fator de efetividade do acesso à Justiça”¹⁹.

(19) Ibidem.

Na seqüência, o autor acrescenta que:

“Bem alcançando o papel do Ministério Público no processo falimentar, o Superior Tribunal de Justiça já tem afiançado que o parquet é o curador e fiscal das massas falidas, devendo zelar pelo patrimônio remanescente, na proteção aos interesses socioeconômicos envolvidos (REsp 28.529-SP, rel. Min. Laurita Vaz, 2^a T. STJ, v.u., j. 25.06.2002, DJU, 26.08.2002, p. 188, RSTJ, 160/183; REsp 61.4262-RJ, rel. Min. Castro Meira, 2^a T. STJ, v.u., j. 23.11.2004, DJU, 14.02.2005, p. 172).

Como a atuação do Ministério Público no processo falimentar visa a coibir atos lesivos ou fraudulentos em prejuízo da coletividade, pareceu, pois, ao legislador uma consequência razoável que, defrontando-se a instituição com atos fraudulentos já praticados, pudesse ela buscar a declaração de sua ineficácia, por meio de ação própria.

Quando o Ministério Público ajuíza a ação revocatória, não age, pois, na tutela de interesses individuais disponíveis, ou de meros interesses privados (ainda que indiretamente os possa estar a favorecer), mas sim em proveito de interesses de caráter social, como pareceu ao legislador no art. 132 da Lei nº 11.101/05, em perfeita compatibilidade com a destinação institucional do parquet.

Por isso que, apesar do veto - equivocado, aliás - , ao art. 4º da nova Lei de Falências, esse mesmo diploma legal contempla inúmeras referências expressas à atuação do Ministério Público nos feitos falimentares e conexos: arts. 8º; 19; 22, § 4º; 30, § 2º; 52, V; 59, § 2º; 99, XIII; 104, VI; 132; 142, § 7º; 143; 154, § 3º; 171; 177; 184; 187. Essa atuação justifica-se em razão do reconhecimento do relevante papel que a instituição deve desempenhar no processo falimentar e de recuperação das empresas.

Em suma, em nosso entender, o Ministério Público está corretamente legitimado a ajuizar a ação revocatória, de que cuida o art. 132 da Lei nº 11.101/05, atribuição esta compatível com sua destinação constitucional”²⁰.

5.2. Litisconsórcio facultativo

Conquanto a legitimação ativa para ação revocatória seja concorrente, no caso da mesma ser proposta por qualquer credor ou pelo Ministério Público, a doutrina tem aconselhado que a massa falida, na pessoa do administrador judicial, seja intimada da sua propositura, para que venha atuar no pólo ativo como litisconsórcio facultativo.

Tal cautela frustrará eventual composição entre o síndico e algum dos credores.

6. Legitimidade passiva

Os legitimados passivos para a ação revocatória foram elencados no art. 133 da nova Lei, havendo correspondência com as pessoas indicadas no artigo 55 do Decreto-lei²¹. São eles:

“Art. 133. A ação revocatória pode ser promovida:

I - contra todos os que figuram no ato, ou que por efeito dele foram pagos, garantidos ou beneficiados;

II – contra os terceiros adquirentes, se tiverem conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do devedor de prejudicar os credores;

III – contra os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas nos incisos”.

Não figura, pois, o devedor no pólo passivo da ação. A maioria dos doutrinadores diz que, por não estar na Administração, o devedor não pode ser sujeito passivo. Em outras palavras, por não ser o patrimônio mais seu e sim da massa falida, não é o devedor réu.

(20) Ibidem.

(21) Artigo 55. “A ação revocatória deve ser proposta pelo síndico, mas, se o não for dentro dos 30 (trinta) dias seguintes à data da publicação do aviso a que se refere o art. 114 e seu parágrafo, também poderá ser por qualquer credor”.

Vale, porém, observar o que pondera Antônio Martin:

“Se a ação for proposta com fundamento do art. 129 da Lei 11.101/2005, como já se disse, não será necessário alegar ou provar má-fé dos terceiros que, em cadeia, contrataram com o falido; porém, nos casos do art. 130, esta fraude do terceiro adquirente, em relação à massa e ao empresário falido, necessita ser alegada e provada.

A exigibilidade que se configure nos autos para a discussão desta má-fé de terceiro, enseja ocasião a que fraudes bem engendradas fiquem desprovidas da sanção judicial, pois transações posteriores ao negócio feito entre o falido e o terceiro dificultarão a caracterização da má-fé destes outros que negociaram com o adquirente”²².

7. Prazo para ajuizamento da ação

A Lei 11.101/05 fixa o prazo de 3 (três) anos contados da decertação da quebra para o ajuizamento da ação revocatória (art. 132).

No Decreto-Lei 7.661/45, esse prazo era de 1 (um) ano, contado da publicação do aviso mencionado em seu artigo 114 (comunicação do Síndico de que irá realizar o ativo e pagar o passivo), isto é, após a arrecadação de todos os bens e identificação de todos os credores.

Esse prazo, que é decadencial, é alvo de crítica pela doutrina, por ser ainda exíguo e favorecer os fraudadores. É o que pensa Antônio Martin:

“Nos grandes centros, com os cartórios repletos de processos, pode-se dizer que, no prazo de 3 (três) anos, não se alcançará o estágio liquidatório da massa, ficando claro que, em se pensando assim, o dispositivo do art. 132 da Lei 11.101/2005 vigora em desfavor dos credores.

Melhor seria que se houvesse pensado em termo inicial fixado em situação processual mais avançada, ou que o prazo fosse maior, pois há, tanto na doutrina, como na jurisprudência, o entendimento uníssono de que tal prazo é decadencial”²³.

(22) MARTIN, Antônio, op.cit., p. 471.

(23) Ibidem, p. 471.

Por seu turno, diz Manoel Justino Bezerra Filho:

“Embora certamente não tenha sido intenção dos redatores da lei convalidar atos fraudulentos, o seu art. 132 traz grande risco de impunidade ao fixar o prazo de três anos para ajuizar ação revocatória, contado a partir da sentença a qual decreta a falência. A identificação de atos fraudulentos é trabalho que exige acentuada dedicação e profunda pesquisa. Muitas vezes, a indicação do ato fraudulento surge apenas vários anos após o decreto da falência, justamente devido ao cuidado do qual se cercam os fraudadores. Nesse ponto, mais correta é a lei anterior, a qual, em seu art. 56, estabelece o prazo de um ano, porém a contar da elaboração do quadro geral de credores e do despacho que decidir o inquérito judicial, prazo, portanto, basta amplo. Mas ainda se torna injustificável a exigüidade desse prazo decadencial quando se vê que o art. 132 refere-se aos atos revogáveis por fraude (art. 130). Para os atos previstos no art. 129 da lei (sem fraude), não há prazo estipulado”²⁴.

De todo modo, a ação revocatória poderá ser proposta a qualquer tempo, antes da ocorrência desse prazo decadencial, aconselha-se que seja proposta o mais cedo possível.

8. Juízo competente, rito, medidas cautelares e recurso

O juízo competente é o da falência, e a ação processa-se pelo rito ordinário.

Tanto a legitimidade e os requisitos da revocatória também se estendem para a propositura de eventuais medidas cautelares, preparatórias ou incidentes dessa ação. É o que pontifica Ricardo Negrão:

“A legitimação ativa se estende à promoção de medida cautelar de seqüestro dos bens retirados do patrimônio do

(24) FILHO, Manuel Justino Bezerra, op.cit.

falido (LF, art. 137), seguindo-se o regramento da legislação processual civil, em especial o art. 804 do CPC que autoriza a concessão de liminar do seqüestro – com ou sem ouvida prévia do réu - ou após justificação prévia. Neste último caso a massa falida que deverá demonstrar: (a) a urgência da medida; (b) que a citação dos réus tornará ineficaz a medida requerida; (c) a necessidade de prestação de caução, ou não, pela massa para garantia de eventuais prejuízos que o terceiro possa vir a sofrer”.

Por outro lado, vale destacar o que observa Antonio Martin:

“Poder-se-ia entender que a redação do art. 137 da Lei 11.101/2005 enseja que o seqüestro ou outras medidas de proteção patrimonial sejam tomados nos próprios autos da ação. Todavia, se os bens estiverem em poder de terceiros que não sejam partes na ação revocatória, é de todo recomendável que o mandado de seqüestro ou de arrolamento de bens ou de outras cautelares, típicas ou atípicas sejam tomados em procedimento cautelar separado”²⁵ .

No mais, contra a sentença que julga a ação revocatória cabe recurso de apelação.

A lei foi omissa quanto aos efeitos em que o recurso será recebido.

Andréa Martins Ramos Spinelli sustenta, outrossim, que o recurso deva ser recebido em seu duplo efeito, esclarendo que:

“... se o legislador pretendesse limitá-lo apenas ao efeito devolutivo, certamente teria manifestado expressamente a sua intenção, como foi feito no § 2º, do art. 56 do Decreto-Lei, “in verbis”:

(25) MARTIN, Antonio, op.cit., p. 474.

§ 2º A apelação será recebida no efeito devolutivo, no caso do art. 52, e emabos os efeitos, no caso do art. 53”²⁶ .

9. Efeitos da revocatória

Os efeitos da revocatória vão estar previstos nos arts. 135 e 136 da Lei 11.101/05.

Com efeito, reza o art. 135, *caput*:

“Art. 135. A sentença que julgar procedente a ação revocatória determinará o retorno dos bens à massa falida em espécie, com todos os acessórios, ou o valor do mercado, acrescidos de perdas e danos”.

Por sua vez, dispõe o art. 136, *caput*:

“Art. 136. Reconhecida a ineficácia ou julgada procedente a ação revocatória, as partes retornarão ao estado anterior, e o contratante de boa-fé terá direito à restituição dos bens ou valores entregues ao devedor”.

Diante, então, do caráter desconstitutivo da ação revocatória, julgado procedente seu pedido, o efeito imediato é o retorno das partes ao *status quo ante*, isto é, fazendo com que os bens sejam restituídos ao patrimônio da massa falida.

Salienta, ainda, Antonio Martin:

“Na impossibilidade da restituição dos próprios bens que foram objeto do ato declarado ineficaz, o terceiro prejudicado, se era credor da massa, retomará este lugar com a desconstituição do negócio feito”²⁷ .

(26) SPINELLI, Andréa Martins Ramos, op. cit., p. 212.

(27) MARTIN, Antonio, op.cit., p. 472.

É de se notar que a lei veio também proteger o terceiro prejudicado, possibilitando-o de formular, em juízo, pedido de restituição.

Nesse sentido, é o que ensina Fábio Ulhoa Coelho:

“A declaração de ineficácia objetiva ou subjetiva pode implicar prejuízo a pessoas que não participaram do ato ineficaz e nem são herdeiros ou legatários delas. Imagine-se o estabelecimento empresarial fraudulentamente alienado pelo falido a *Antonio* tenha sido transferido, depois, a *Benedito*, sem que nesse segundo trespasse se possa vislumbrar qualquer irregularidade ou ilegalidade. Note-se que, nesse exemplo, da ação revocatória participaria como demandado *Antonio* (por força do art. 133, I), mas não *Benedito* (que não se enquadra no art. 133, II). Julgada, porém, procedente, *Benedito* perderá o estabelecimento em favor da massa falida. É um caso de pessoa prejudicada pela declaração de ineficácia, mas que não teve nenhuma responsabilidade pelo ato que frustrou os objetivos do processo falimentar. Na lei anterior, esse terceiro prejudicado não tinha sua situação definida. A atual criou uma nova hipótese de pedido de restituição para proteger seus interesses. No exemplo acima, *Benedito* pode pedir a restituição em dinheiro do valor que pagou pelo estabelecimento empresarial ao adquiri-lo de *Antonio*”²⁸.

De igual maneira, leciona Ricardo Negrão em situação mais abrangente:

“É possível que o terceiro adquirente, ignorando a situação econômico-financeira do devedor falido, tenha firmado o contrato imobiliário de boa-fé, deixando, contudo, de levar o compromisso a registro imobiliário. Neste caso, a Lei Falimentar lhe confere o direito de: (a) reaver bens ou valores que entregou ao devedor

(28) COELHO, Fábio Ulhoa, op.cit., p. 358/359.

naquela oportunidade (LF, art. 136), devendo, para tanto, ingressar com pedido de restituição (LF, arts. 85-93); (b) promover ação de perdas e danos contra o devedor ou seus garantes a qualquer tempo (art. 136, § 2º), demonstrando a efetividade do dano. Esta segunda ação deve ser proposta contra o administrador, sócio-gerente ou diretor que, com culpa ou dolo, tenham realizado o negócio jurídico em nome da sociedade empresária falida. Se movida contra empresário individual, a execução futura recairá sobre seu patrimônio, solução que não se mostra muito confortável, porque dificilmente haverá bens que não sejam objeto de arrecadação da massa falida”²⁹.

10. Securitização

Securitização nada mais é do que a tendência mundial/internacional de concretizar e realizar movimentações de capital tanto nacionais como internacionais, através da utilização de títulos e valores mobiliários, descartando ou diminuindo a concessão, de forma tradicional, de créditos bancários (mútuos e empréstimos).

Sobre o tema, aduz Antonio Martin:

“Ensina a Doutrina que a securitização de recebíveis é o processo por meio do qual se agrupam determinadas formas de crédito, a partir dos quais são emitidos valores mobiliários no mercado de capitais, repassando (e pulverizando) o risco para terceiros, que são investidores adquirentes dos valores mobiliários”³⁰.

Pelo § 1º, do art. 136, protege-se o interesse desses investidores, sem os quais a viabilidade de recuperação de uma empresa não ocorreria.

Com efeito, Antonio Martin afirma:

“O legislador ao incorporar o dispositivo do § 1º do art. 136 protegeu os portadores de valores mobiliários que adquiriram

(29) NOGUEIRA, Ricardo José Negrão, op.cit., p. 506.

(30) MARTIN, Antonio, op.cit., p. 473.

os recebíveis, pois estes participam do importante papel de financiar as atividades empresariais, obtendo como garantia indireta a obrigação ativa de que é credora a empresa beneficiada pela compra dos *securities* e como garantia direta o patrimônio do securitizador”³¹.

Por seu turno, Manoel Justino Bezerra Filho elogia o dispositivo, expondo que:

“Disposição de admirável engenhosidade jurídica está no § 1º do art. 136 da nova Lei de Falências que impede ataque ao ato de cessão em prejuízo dos portadores de valores mobiliários emitidos pelo securitizador. Dessa forma, a blindagem do bem imóvel é absoluta, o que estimularia os investimentos no mercado imobiliário em construção, pois haveria garantia mesmo em caso de falência da construtora. Esse sistema de negociação, porém, é também porta aberta para a fraude, bastando ao devedor conluiar-se com o securitizador e celebrar com ele uma simulação de cessão, transferindo o crédito e nada recebendo na realidade para futuro acerto por fora. Mais fácil ainda poderá essa fraude se a securitizadora, conforme, às vezes, ocorre, for próxima (ou mesmo dependente) da construtora. Anote-se, por fim, que o art. 136 estabelece os direitos do réu da ação revocatória”³².

Desta feita, caso essa imunidade não fosse por lei expressamente afastada na securitização de recebíveis, essa alternativa de financiamento da atividade empresarial deixaria de existir.

Realmente, argumenta Antônio Martin:

“Tratando-se de processo moderno para a captação de recursos no mercado, a fim de agilizar a atividade empresarial, é evidente que as soluções aventadas na Resolução n. 2493

(31) *Ibidem*, p. 473.

(32) FILHO, Manoel Justino Bezerra, *op.cit.*

do Conselho Monetário Nacional, estão de acordo com o legislador que editou a Lei 11.101/2005, especialmente na necessidade de se promover a recuperação de empresas viáveis. A securitização é, na verdade, um dos processos de viabilização para a recuperação da atividade empresarial e não poderia, portanto, ser desprestigiada num diploma legal que tem como seu ponto forte, justamente, o incentivo à recuperação das empresas”³³ .

11. Cabimento da ação revocatória contra ato praticado pelo devedor em recuperação judicial ou extrajudicial

Segundo o art. 131 da Lei 11.101/05:

“Art. 131. Nenhum dos atos referidos nos incisos I a III do art. 129 desta Lei que tenham sido previstos e realizados na forma definida no plano de recuperação judicial será declarado ineficaz ou revogado”.

Cuida-se, no dizer de Antônio Martin, de impedir que atos praticados sob a inteira fiscalização do administrador judicial, e, portanto, de acordo com o interesse dos credores, que, efetivamente, concordaram com o processo de recuperação judicial, sejam desconstituídos em face da decretação da falência³⁴ .

Assim, como explica Fábio Ulhoa Coelho, se do plano de recuperação judicial da empresa aprovado pela Assembléia de Credores e deferido pelo juiz constava, por exemplo, a alienação do estabelecimento empresarial do devedor e esta foi feita sem anuênciam expressa ou tácita de todos os credores, em sobrevindo a falência, não haverá ineficácia. O trespasso produzirá amplos efeitos contra a massa falida porque realizado como tentativa de reorganizar a empresa em estado crítico (e, portanto, no interesse indireto da comunhão dos credores)³⁵ .

(33) MARTIN, Antonio, op.cit., p. 473.

(34) Ibidem, p. 470.

(35) COELHO, Fábio Ulhoa, op.cit., p. 355.

Em verdade, o legislador visou diminuir a incidência de ineficácia dos atos praticados pelo devedor na recuperação judicial ou extrajudicial.

Contudo, Manoel Justino Bezerra Filho é crítico desse artigo, sustentando o seguinte:

“Alterou-se o art. 131 da nova lei, que excluía a possibilidade de declaração de ineficácia a alguns atos praticados na recuperação extrajudicial e na judicial. Com a alteração, os atos são excluídos apenas quando se tratar de recuperação judicial. Na tendência observada de dificultar a declaração de ineficácia, louve-se essa alteração, que aponta no sentido de mais rigor (ou seria menos tolerância?) com atos danosos à comunidade de credores. O correto seria, entretanto, que não houvesse qualquer exclusão, pois, contra a fraude, o rigor deve ser absoluto”³⁶.

Contudo, Fábio Ulhoa Coelho faz uma interpretação correta do dispositivo, no sentido de que, se o ato praticado pelo devedor, em sede de recuperação judicial ou extrajudicial, for com fraude, caberá revogação, mesmo que previsto no plano. Ensina o jurista:

“O dispositivo aqui em comentário manifesta grave imprecisão ao dizer que nenhum dos atos indicados pode ser declarado revogado. Como seleciona apenas hipóteses de ineficácia objetiva, é *evidente* que não caberá revogação, pertinente apenas à ineficácia subjetiva.

A imprecisão, em vista de sua clara e inegável evidência, deve ser levada em conta na interpretação do dispositivo. Explique-me: deve desconsiderar as duas últimas palavras da norma, como se não tivesse sido escritas. Em decorrência, o intérprete deve afirmar que, pela lei, se qualquer ato tiver sido praticado *com fraude* pelo devedor em recuperação judicial ou extrajudicial, nos termos do art. 130, caberá sempre a revogação, mesmo que previsto no plano”³⁷.

(36) FILHO, Manoel Justino Bezerra, op.cit.

(37) COELHO, Fábio Ulhoa, op.cit., p. 355-356.

12. Ineficácia e coisa julgada

Dispõe o art. 138 da Lei 11.101/05:

“Art. 138. O ato pode ser declarado ineficaz ou revogado, ainda que praticado com base em decisão judicial, observado o disposto no art. 131 desta Lei.

Parágrafo único. Revogado o ato ou declarada sua ineficácia, ficará rescindida a sentença que o motivou”.

De início, fica evidente a intenção do legislador em firmar exclusivamente a competência do juízo falimentar para a proteção do patrimônio dos credores do falido.

Ricardo Negrão, ao tecer comentários acerca do mencionado artigo, adverte:

“Há de se distinguir aqui as esferas de eficácia da coisa anteriormente julgada. Considerando que a alienação da coisa pertencente ao devedor se deu antes de conhecido o estado de falência judicial, evidencia-se que o que se dará a conhecer na ação revocatória é tão-somente a matéria nova, relativa à eficácia dos atos praticados dentro do termo legal, no biênio anterior ao decreto falimentar, relativamente ao estabelecimento empresarial e ao registro imobiliário ou à prática de atos com intenção de prejudicar os credores. Ignora o juiz sentenciante a possibilidade de a prática de atos de execução de sua sentença vir a prejudicar ou atingir direitos de credores de falência ainda não decretada.

É da eficácia dessa sentença anterior, no que se refere à nova realidade falencial, que trata o art. 138 da Lei Falimentar. Não há rescisão da sentença anterior, nem violação da coisa julgada, mas tão-somente óbice à irradiação de seus efeitos em razão da nova realidade concursal”³⁸.

(38) NOGUEIRA, Ricardo José Negrão, op.cit., p. 511.

Em complemento, Fábio Ulhoa Coelho esclarece:

“Tal como previsto pela lei anterior (art. 58), a declaração de ineficácia subjetiva ou objetiva não é obstada pela circunstância de ter sido o ato praticado em razão de decisão judicial. Ao contrário, a decisão proferida pelo juízo falimentar acarreta a rescisão da sentença em que se embasara o ato ineficaz.

Uma única ressalva é feita pelo dispositivo, mais com o sentido de harmonizar os dispositivos do que de excepcionar a regra. Trata-se de alguns dos atos praticados pelo falido durante o processo de recuperação judicial ou extrajudicial que, como visto, não são objetivamente ineficazes, quando amparados no respectivo plano”³⁹.

13. Conclusão

De uma forma em geral, a Lei 11.101/05 trouxe significativas melhorias à ação revocatória. Como visto, alterou também várias regras do Decreto-lei 7.661/45.

Outrossim, pode-ser prever que ainda irão persistir alguns debates principalmente nos pressupostos para ajuizamento da ação, notadamente quanto à matéria da prova, o que será dirimido pela jurisprudência.

(39) COELHO, Fábio Ulhoa, op.cit., p. 360.

14. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- MARTIN, Antonio, *in* JUNIOR, Francisco Satiro de Souza, PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes (Coord.). Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NOGUEIRA, Ricardo José Negrão, *in* PAIVA, Luiz Fernando Valente de (Coord.). Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SPINELLI, Andréa Martins Ramos, *in* MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FILHO, Marçal Justino Bezerra, Ação Revocatória, Artigo publicado no Jornal Valor Econômico, 1º fev. 2005.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS PREMISSAS DE JULGAMENTO

José Guilherme Vasi Werner

Juiz de Direito Titular do XX Juizado Especial Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro; Expositor na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, no Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Fundação Getúlio Vargas e no Curso de Pós Graduação em Direito do Consumidor da PUC-RJ.

JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS PREMISSAS DE JULGAMENTO

José Guilherme Vasi Werner

A criação e o desenvolvimento dos Juizados Especiais Cíveis se deram em momento bastante peculiar na história de nosso Direito. Um momento de transformação e de escolhas, de definições. Um momento em que o Direito rompe com suas premissas históricas (por finalmente reconhecer sua falsidade), passando a buscar novas identificações, novas fontes de inspirações e novos caminhos.

Essa conjuntura deriva de um fenômeno de escala mundial, já há muito identificado e debatido, mas que somente agora parece ter chegado ao conhecimento de nossos legisladores; um fenômeno que se resume na derrocada do império da certeza e da segurança.

Certeza que inspirava todo o sistema de direito material, por acreditarem os homens que existia uma única verdade e, principalmente, que ela podia ser alcançada através da razão (tida por universal).

Uma crença tão forte que os levou a preparar um sistema de leis considerado perfeito, por retratar as regras extraídas de sua experiência, organizadas segundo o método racional. Um sistema que prometia conseguir prever todas as situações de conflito e, de antemão, todas as suas soluções, como em uma fórmula precisa.

Segurança que inspirava o direito formal, por acreditarem os homens que existindo uma única verdade, seu alcance seria garantido, no processo, por um bom número de revisões para cada decisão, após o que os eventuais erros seriam identificados e afastados.

Segurança que exigia maior qualificação dos agentes auxiliares da Justiça e maior especialização da linguagem jurídica, tornando mais complexas as fórmulas de acionamento do sistema judicial. O que levou a uma maior formalização e, consequentemente, a um maior controle dessa formalização, resultando em demasiada solenização do processo e em seu distanciamento dos não-iniciados.

Não é preciso descrever a falência desse sistema. Ela é bastante visível e a cada dia se torna mais incômoda, especialmente quando a inércia institucional resiste às necessárias modificações.

Mas não é demais lembrar que decorreu da constatação de que não existia uma única verdade ou pelo menos que ela não podia ser alcançada pela razão universal. Ou, ainda, que não se podia falar em uma razão (humana) verdadeiramente universal. Que justiça é essa, indagava Pascal, que muda de qualidade ao mudar de clima? “(...) *três graus de aproximação do pólo invertem toda a jurisprudência; um meridiano decide da verdade (...). Justiça engracada essa que um rio limita. Verdade aquém dos Pirineus, erro além* ” (Pensamentos. São Paulo: Martins Fontes, 2001. n.60. p.21).

E a certeza e a segurança foram substituídas pela relatividade e pela efetividade.

Relatividade do caso concreto para o direito material, que descobriu as chamadas cláusulas gerais, normas de um novo tipo: flexíveis, impregnáveis de elementos éticos plenos de preocupação social, capazes de superar o rigor estagnante da leitura positivista e ao mesmo tempo instrumentalizar a reação à proliferação normativa: “*a experiência jurídica, entendida em sua globalidade, da prática cotidiana à legislação, à sentença e às elaborações científicas, traduz estes temas (da moral — inseriu-se) para a específica instância do jurídico, de modo a torná-los efetivos na ordem prática. E são justamente as cláusulas gerais a categoria formal que permite a sua constante e flexível tradução* ” (MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: RT, 2000. p.336).

Efetividade do processo para o direito formal, domínio de Andrea Proto Pisani e Cândido Rangel Dinamarco, de cujas lições se extrai que a efetividade seria a ação ou efeito de dar a uma parte exatamente aquilo que obteria pelo cumprimento voluntário, não fosse a resistência do outro.

Mas a efetividade não pode ser garantida sem que ganhe uma expressão universal, pois de nada vale assegurar a efetividade do processo se apenas alguns poucos têm a chance de levar seus conflitos a julgamento: a efetividade deve ser universalizada.

E essa conclusão vincula a efetividade à idéia do acesso.

E então é hora de lembrar Mauro Cappelletti e seu estudo sobre o acesso à Justiça; de recordar como ele constatou que o processo da primeira parte do século XX, como estava delineado, dificultava e por vezes até impedia a apresentação de conflitos para decisão, ocorrendo o fenômeno que Kazuo Watanabe chamou de “litigiosidade contida”, que refletia o descumprimento de uma cláusula básica do contrato social.

Esse estudo repercutiu amplamente e despertou os espíritos para a necessidade de rever as práticas dos sistemas judiciais, mas acabou ganhando vida própria, o que por muitas vezes o afastou da problemática da efetividade.

Pois é preciso que essas idéias sejam re-unidas. O acesso e a efetividade têm que ser manejados em conjunto, em uma relação de complementaridade. A imagem que representa essa relação não é uma balança, a pender ora para um lado, ora para outro (que é bem indicativa de nossa visão ocidental, afeita às escolhas absolutas). A melhor representação é aquela do símbolo do Yin-Yang do I-Ching, que idealiza um entrelaçamento e uma dialética constante entre os princípios: “é, em suma, a expressão do dualismo e do complementarismo universal. Yin e Yang só existem em relação um ao outro. São inseparáveis e o ritmo do mundo é o próprio ritmo de sua alternância” (CHEVALIER, Jean e GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de Símbolos*. 18 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003. p.968).

Assim, para que a efetividade seja universalizada (“*with liberty and justice for all*”), o acesso tem que ser concretizado, com seu significado revisto e ampliado.

Uma tal revisão é necessária, pois a garantia do “acesso” na acepção de Cappelletti não é mais um problema. Ao menos dentre nós, com as defensorias, a advocacia dativa e a gratuidade (Lei nº 1.060/50). O problema não é chegar, mas sair, daí a importância que ganha a efetividade.

Na atual conjuntura, o “acesso” do Cappelletti não basta para saldar as dívidas acumuladas do sistema judicial. Não basta garantir a democratização da ação e a assistência técnico-jurídica para todos. Importa assegurar a apresentação do credor da prestação jurisdicional ao juiz de sua causa, de modo a dar chance ao confronto das suas idéias.

O “acesso” deve ser, também, o acesso ao espaço de comunicação com o juiz, a possibilidade de chegar até ele e com ele dialogar.

Daí a importância que ganha o princípio da oralidade (não se trata tão somente de conquistar um espaço antes reservado à escrita, mas de efetivamente possibilitar o diálogo, a interação com o órgão de decisão, a real influência nessa decisão: “*nenhum outro princípio trazido pela lei supera a oralidade em importância ou eficácia para o aprimoramento da Justiça brasileira. É a oralidade que propicia aos juízes sentir o outro do conflito...*” GAULIA, Cristina Tereza. *Juizados Especiais Cíveis – O Espaço do Cidadão no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2004. p.176)

Pois são exatamente essas idéias, ou premissas, ACESSO e EFETIVIDADE, que fundam todo o sistema dos Juizados Especiais Cíveis, impondo-se ao atuar das partes, conciliadores, servidores da justiça e, sobretudo, ao juiz por ocasião de seu decidir: “*a Lei das Pequenas Causas quis deliberadamente apresentar duas propostas centrais, a saber, (a) a de facilitar o acesso ao Poder Judiciário e (b) a de tornar mais célere e ágil o processo destinado a pacificar os litígios que define*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.21).

Todos os princípios de que trata o artigo 2º da Lei nº 9.099/95 são, em verdade, especializações e concretizações dessas premissas.

Se o princípio da celeridade determina que entre duas ou mais opções de ações o operador deve escolher aquela que atingir o objetivo mais rapidamente, isso decorre da constatação de que uma justiça efetiva é “*aquela que confere o provimento contemporaneamente à lesão ou ameaça*” (BATISTA, Weber Martins e FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 92).

Por sua vez, o princípio da economia processual estabelece que essa escolha deve recair na ação que resulta em menor esforço processual, geralmente, mas nem sempre, a mais célere (v.g. intimação via postal em lugar de intimação por mandado, a ser cumprido por Oficial de Justiça).

Quanto à simplicidade e informalidade, são, no mais das vezes, instrumentos recíprocos a serviço do acesso (“*essa informalidade é essencial*

para que os Juizados atinjam um de seus principais escopos: aproximar o jurisdicionado dos órgãos estatais incumbidos de prestar jurisdição” - CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.21). Essa reciprocidade é tão intensa que chega a ser confundida com uma verdadeira identidade (vide lições da obra logo acima referida). No entanto, a simplicidade e a informalidade podem se entrechocar, cabendo ao intérprete balancear sua aplicação. Assim, por exemplo, embora a decisão verbal seja, sem dúvida, mais simples e apreensível à realidade das partes, uma decisão escrita, a fixar a solução da lide e os eventuais deveres de parte a parte, é de regra exigida.

Logo se vê, portanto, que esses princípios não podem ser aplicados de forma estanque, alheia ao cotejo com os demais.

Todos têm a mesma hierarquia e cada um divide entre si, de forma dinâmica, a atenção na apreciação das questões referentes ao processo da lei 9099/95, vindo a integrar-se, sempre e sempre, através das noções de ACESSO e EFETIVIDADE.

Pois dessa operação de integração resulta, paradoxalmente, uma verdadeira redução enriquecedora: é a remissão a essa dupla de conceitos que acaba permitindo maior exploração do significado e das potencialidades de cada um dos cinco princípios expressos; é através dela que se mostram mais claras as escolhas da lei e mais lógicas as soluções de aparentes antinomias, o que a torna essencial ao trato das questões submetidas aos Juizados Especiais Cíveis.

Do ACESSO e da EFETIVIDADE se extraem, então, soluções para problemas que antes despertaram grandes perplexidades, cabendo apresentar, aqui, um breve resumo dessa problemática e sua correlação com aquelas premissas.

DERIVAÇÕES DO ACESSO

Se o acesso não é mais apenas uma questão de ingresso democratizado, mas de contato com o órgão que apreciará a questão, mostra-se incabível, via de regra, o julgamento antecipado da lide com a subtração da Audiência de Instrução e Julgamento (“AIJ”) fora dos casos de ausência das partes. E isso, mesmo quando uma tal subtração importar em maior celeridade na solução da lide. Afinal, a AIJ é o palco principal

desse contato e a experiência indica que mais vale uma solução “sob medida” para as verdadeiras pretensões da parte que um desfecho rápido, mas inadequado (em grande parte dos casos decorrente da discrepância entre o que está escrito e o que foi realmente desejado): “*não há processo oral em que não haja contato imediato entre o juiz e as fontes de prova oral. Em outras palavras, deve haver contato direto entre o juiz e as pessoas que vão prestar depoimento no processo (partes, testemunhas, perito)*” (CÂMARA. op.cit. p.15)

Ao contrário da redução enriquecedora de que se falou, a formulação escrita da pretensão, vista de um ponto de vista excludente de outras formas de manifestação, dá azo a reducionismos que restringem o âmbito do conflito, levando a um empobrecimento da respectiva solução, o que, por sua vez, ameaça a própria eficácia desta última.

Dessa forma, apenas o acesso, ou seja, o ensejo do contato com o juiz da causa, pode assegurar uma solução plena e, principalmente, concreta.

O acesso, nessa nova concepção, afasta ainda um outro reducionismo, consistente na afirmação de que a Lei nº 9.099/95, lei especial, criou um rito especial, de âmbito limitado, contido no sistema processual refletido no Código de Processo Civil.

Em verdade, os Juizados Especiais Cíveis formam um sistema próprio; excepcional sim, mas que não se submete à tradicional regra de interpretação restritiva das normas de exceção. Ao contrário, em caso de dúvida sobre a competência do Juizado Especial Cível, o intérprete deve resolvê-la através da extensão de seu alcance, sob pena de vedar o ACESSO.

A aplicação do Código de Processo Civil é subsidiária, mas não automática. Dependerá da adequação de suas regras aos princípios da Lei nº 9.099/95, ao ACESSO e à EFETIVIDADE: “*regras sobre legitimidade, interesse de agir, sobre formas processuais etc., contidas no Código de Processo Civil só não se lhe aplicam quando houver na Lei dos Juizados Especiais alguma lex specialis que as derogue, ou quando forem incompatíveis com o espírito ou com o sistema do processo do Juizado*” (DINAMARCO. op.cit. p.27 – grifou-se).

Daí decorre que o controle pelo valor da causa não significa aplicação automática do art. 259 do Código de Processo Civil, devendo ser privilegiado o critério do benefício econômico a ser obtido pelo autor

para sua fixação. Este, por sua vez, deve ser aferido, como ensina Eduardo Oberg, valendo-se das lições de José Carlos Barbosa Moreira, “*no exato momento da propositura da ação; se houver alteração no decorrer da lide não haverá relevância*” (*Os Juizados Especiais Cíveis e a Lei nº 9.099/95*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.12).

O controle da necessidade de produção de prova pericial não significa acatá-la sempre que o réu a requeira. A prova pericial somente será admissível se for o único meio de prova (ainda que em tese) que possa comprovar a alegação do réu. Se a alegação pode ser provada por exemplo, por prova testemunhal, gravação ou vídeo (ainda que não produzidas no caso), não cabe tal prova.

No Juizado Especial Cível, a respeito da prova pericial, não há um juízo de conveniência, mas de necessidade: “*a prova pericial só pode ser aceita se for o único meio de provar o que se pleiteia; ela não pode apenas ser conveniente; ela deve ser necessária e indispensável; havendo tal situação, será o Juizado incompetente, pois a causa será de maior complexidade*” (OBERG, op.cit. p.14)

Por outro lado, a necessidade deve ser analisada em conexão com a argumentação. Mesmo que a prova pericial seja necessária e indispensável para provar um fato que, embora provado, não impedirá que a versão do autor prevaleça, não pode ser admitida (se o réu pede a produção de prova pericial para comprovar a existência de um defeito na aeronave, mas o entendimento consolidado da jurisprudência não reconhece o defeito como causa excludente (fortuito interno), de nada adianta a produção – isso é verdadeiro diálogo de fontes entre a Lei nº 9.099/95 e o Código de Defesa do Consumidor).

Nesse sentido, deve ser visto como excepcional o acatamento de defesas ou medidas que visem ou acarretem a extinção do processo, sem que se dê chance para a apreciação do mérito. Sob essa luz deve ser questionado o acatamento da interferência de entidades não alcançadas pelo sistema dos Juizados Especiais Cíveis alegando interesse na solução da lide.

Há que se ter em mente que a regra da Lei nº 9.099/95 que limita a capacidade processual passiva (art. 8º, *caput*)¹ visa prestigiar o acesso e a efetividade quando evita que o processo especial venha a ser

(1) A capacidade processual ativa é limitada pelo § 1º do art. 8º, de uma só tacada. Assim, resta ao *caput* o regulamento da capacidade processual passiva.

contaminado por normas que privilegiam um ou outro órgão (pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas da União, massa falida). Na verdade, as regras limitando a capacidade processual passiva devem ser vistas muito mais como formas de preservação da higidez e homogeneidade do processo especial do que como meios de proteção dos interesses das pessoas ali relacionadas, pelo que não pode ser desconsiderada segundo a conveniência das partes incapacitadas, ou seja, estas não podem, por mera alegação de interesse na lide, pretender excluir a competência do Juizado Especial Cível. O diálogo de fontes deve operar entre a norma do art. 8º, *caput* e a norma do art. 10. Se está proibida a intervenção de terceiros e as pessoas indicadas no art. 8º não podem figurar no pólo passivo, a conjugação desses dispositivos não pode significar que tais pessoas invoquem a incompetência de juízo do Juizado Especial Cível alegando interesse na causa. A inteligência desses dispositivos exige, em verdade, que, em caso de eventual alegação de interesse na lide por parte de uma daquelas pessoas destituídas de capacidade processual passiva, estas proponham ação pela via própria, em juízo competente, que então poderá suscitar o conflito. Essa é a única forma de preservação da eficácia e da seriedade do processo especial.

De outro lado, o controle da pretensão não significa reconhecer a inépcia da inicial por violação dos requisitos do art. 282 do CPC. Esta preliminar é ininvocável no sistema dos Juizados Especiais Cíveis onde sequer há petição inicial. A lei refere-se tão somente a pedido, que tem regra própria para seu controle (art. 14).

O acesso autoriza e demanda a exploração do diálogo de fontes com o Código de Defesa do Consumidor, sede normativa material da maior parte das questões submetidas aos Juizados Especiais Cíveis na Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, devendo inspirar, portanto, as decisões sobre o ingresso de terceiros solidários no processo, de modo a evitar prejuízos à economia processual e à celeridade, mormente quando o problema do consumidor pode ser resolvido com a presença de apenas um dos fornecedores solidários.

O mesmo deve se dar no exame do requerimento de antecipação de tutela, sempre que houver possibilidade de inversão do ônus da prova ou quando este já estiver, por força da questão trazida a juízo, atribuído ao réu-fornecedor.

Como as premissas devem ser observadas não só pelo julgador, mas também por todos aqueles que atuam no juizado especial cível, os serventuários, profissionais e estagiários responsáveis pelo primeiro atendimento (art. 14, §3º) devem zelar, na correta interpretação do diálogo de fontes entre a Lei nº 9.099/95 e o Código de Defesa do Consumidor, para que o pólo passivo não seja desnecessariamente inflado com a presença de todos os participantes da cadeia de fornecimento do produto ou serviço, mormente quando a ação proposta em face de apenas um deles (em especial em face do fornecedor com estabelecimento no território da competência do juizado especial cível) já é capaz de levar à satisfação dos interesses do autor-consumidor.

Fora do âmbito processual propriamente dito, o acesso também impõe a observância de práticas administrativas tendentes a facilitar o ingresso do credor da pretensão jurisdicional em juízo e o contato com o órgão julgador. São exemplos de tais práticas a iniciativa do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro em montar equipes especializadas no atendimento inicial e a formação de um corpo de advogados dativos para a assistência das partes.

Facilitar o acesso significa, também, criar novas modalidades de peticionamento, desde que não se tornem substitutos dos requerimentos verbais, sempre mais esclarecedores e produtivos. Por isso deve ser louvada a intenção de implementar a digitalização ou virtualização do registro dos atos principais do processo nos Juizados, especialmente quando vem associada à certeza de disponibilização em rede de tal registro, medida de transparência e desburocratização, que extingue, por exemplo, remessas e retornos.

DERIVAÇÕES DA EFETIVIDADE

A mera garantia do acesso, considerando-se a maior celeridade do sistema dos Juizados Especiais Cíveis em relação ao sistema dos juízos comuns, já serviria para assegurar um “status” de efetividade ao processo a ele submetido.

Ocorre que a efetividade é meta absoluta, que deve ser constantemente perseguida, não se contentando com um juízo comparativo. Ademais, mesmo aquela maior celeridade do sistema dos Juizados

Especiais Cíveis vem sendo posta à prova por uma série de fatores estruturais e conjunturais cujo exame não cabe neste pequeno trabalho.

De todo modo, a despeito da complementaridade entre as noções de ACESSO e EFETIVIDADE, esta requer, por si só, algumas concretizações próprias, todas relacionadas com a audiência de instrução e julgamento, ato que enseja a maior parte das decisões norteadoras do processo da Lei nº 9.099/95.

Tais concretizações podem se refletir, por exemplo, na otimização do tempo, com a reunião de audiências cujos processos envolvem questões semelhantes, de modo a abrir espaço na pauta para outras lides. Ao mesmo tempo, a decisão individual em escala múltipla intensifica os benefícios pedagógicos do contato com a divulgação em bloco da decisão.

Independente da reunião de audiências, mas exatamente por conta desses benefícios pedagógicos do contato, a decisão deve ser imediata, a fim de que se entregue, de pronto, a prestação jurisdicional devida às partes. A sentença assim proferida decorrerá naturalmente do conjunto de conhecimentos gerados e extraídos na AIJ, que todos os presentes verão como um pressuposto em suas próprias interpretações e conclusões (mesmo que não estejam em concordância com o “*decisum*”).

Daí decorre e se justificam: (i) a restrição ao registro (adotado apenas para atos essenciais – art. 13, § 3º); (ii) a limitação de provas inúteis ou protelatórias (a serem identificadas com base não só no que foi alegado pelas partes em suas manifestações, mas também na lógica da aplicação da jurisprudência ou da lei, através do diálogo de fontes – art. 33); e (iii) a vedação da transcrição da prova oral (o legislador sabe que o registro, da forma como é costumeiramente realizado, importa em mais reducionismos – art. 36).

A efetividade requer uma análise mais rigorosa da distribuição do ônus da prova e do momento de sua produção, programado para a AIJ. A dilação probatória deve ser evitada a todo custo, sob pena de desrespeitar a concentração estabelecida pelo legislador, que se torna regra fundamental do jogo processual da Lei nº 9.099/95, cuja alteração pode significar injusto benefício a um ou outro jogador.

É de se lembrar que a celeridade prevaleceu sobre a segurança, tendo a verdade real, cada vez mais distante de nossa profusão de dúvidas e incertezas, dado lugar à verossimilhança, meta mais próxima de nossas limitações.

Também a formularização dos argumentos jurídicos da fundamentação da sentença ganha importância ao permitir, sempre que associada a uma simplificação da linguagem, uma inequívoca compreensão das razões de decidir, melhor referência à discussão envolvida e até mesmo a dispensa do domínio de regras de remissão gramatical. Imagina-se que essa formularização seja de todo adequada à instrumentação do trabalho dos juízes leigos e à sua avaliação pelo juiz togado.

A técnica de elaboração da sentença é importante ferramenta na busca pela efetividade. A descrição do caso concreto, mesmo que resumida, é relevante para a pacificação do conflito trazido a juízo, devendo evitar-se, sem prejuízo da formularização acima referida, o uso de fundamentação genérica, cuja relação com o seu caso a parte leiga não enxergue.

Nesse sentido, o juiz deve ser sensível às reais possibilidades de execução de sua sentença, fixando inequivocamente os deveres de cada parte, com o fito de evitar o levantamento de questões que sua própria experiência judicante tenha identificado como desnecessárias ou protelatórias da satisfação dos créditos eventualmente reconhecidos.

São regras aplicáveis especificamente ao atuar do juiz, aquelas dos artigos 5º e 6º da Lei nº 9.099/95. Contêm orientações para a instrução e a condução do processo (com a materialização da corrente do “*judicial activism*” no artigo 5º, 1a parte); para a apreciação de seus elementos (autorizada “*segundo as regras da experiência comum*” – artigo 5º, *fine*), ou para o julgamento propriamente dito (artigo 6º).

O recurso às regras da experiência comum é válido sempre que “*impossível submeter os fatos a uma experimentação científica*”. Nesse caso, “*o juiz recorre a regras ou máximas de experiência (Erfahrungssätze) que têm menor valor*” (as citações são de François Rigaux, *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.55).

No Juizado, esse recurso será válido sempre que a experimentação científica envolva a produção de uma prova complexa que não se mostre indispensável no sentido de que já se falou.

Quanto à fórmula “*decisão mais justa e equânime*”, é importante não confundi-la com autorização para o julgamento por eqüideade.

Em verdade, o texto deve ser lido como um incentivo a uma maior exploração do sistema, a uma interpretação mais alargada das normas aplicáveis e mesmo a uma maior criatividade na busca de fundamentos em outros degraus do ordenamento:

“Na realidade, trata-se de importantíssima regra programática, a reafirmar o compromisso do juiz com a justiça, que depois é reafirmado em várias outras disposições particulares da própria lei. Ao chamar também a atenção do julgador “aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”, o art. 6º quis con clamá-lo, no plano da interpretação jurídica, à escolha de teses que mais se coadunem com a indispensável justiça do caso concreto” (DINAMARCO. op.cit. p.40).

Na execução, seja de título judicial, seja de título extrajudicial, a EFETIVIDADE está a demandar mais dedicação, tanto das partes e seus advogados, quanto do juiz, no sentido de se evitar uma indesejada dilação na comunicação entre as partes, através de manifestações escritas que acabam passando por algo como um processo de expedição, cognição e devolução, mais complicado e demorado que a formação de muitos contratos.

Na verdade, o diálogo entre as partes e com o juiz não se encerra e não se adstringe ao processo de conhecimento. Em boa parte dos casos, inúmeros itens se acumulam em uma agenda de ajustes e revisões, necessários à correta implementação do *decisum* ou acordo, reclamando um entendimento comum. Esse entendimento somente pode ser obtido de forma plena e eficaz através do contato direto entre os atores do processo, o que sugere uma reorganização dos atos da fase de execução, quem sabe a prever encontros informais, previamente fixados e obrigatórios entre as partes e/ou seus advogados para além da mera possibilidade de designação de audiências que, não raro, contam com o desprezo da parte menos interessada em seu desfecho.

Talvez uma prática observada em outros sistemas (com advogados requerendo encontros nos gabinetes dos juízes e comunicando-se mutuamente através de meios informais, em verdadeiro

reflexo da lealdade processual) pudesse ser adaptada ao nosso, para que os chamados “gargalos” da execução pudessem ser superados de forma eficaz e definitiva.

Aliás, uma tal solução estaria plenamente de acordo com a vocação coexistencial dessa nova Justiça: “*com isso* (relevância da composição negocial), *valoriza-se a chamada justiça coexistencial, em contraposição à clássica e pura justiça contenciosa*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. As Inovações no Código de Processo Civil. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p.109 - inseriu-se).

De todo modo, mesmo que não caiba, aqui, a discussão *de lege ferenda* nem a avaliação de projetos e propostas de aprimoramento da Lei nº 9.099/95, este trabalho já encontrará justificativa se lograr contribuir com melhor aproveitamento e concretização do espírito da lei, cujas premissas se mostram, de forma tão clara, valiosos instrumentos na interpretação das questões submetidas aos Juizados Especiais Cíveis.

A propósito, São Tomás já respondera à referida indagação de Pascal, afirmando que muito embora a verdade do intelecto divino seja uma apenas, dela derivam, no intelecto humano, muitas verdades:

“Now we have said that truth resides primarily in the intellect; and secondarily in things, according as they are related to the divine intellect. If therefore we speak of truth, as it exists in the intellect, according to its proper nature, then are there many truths in many created intellects; and even in one and same intellect, according to the number of things known. Whence a gloss on Ps. 11:2, ‘truths are decayed from among the children of men’, says ‘as from one man’s face many likenesses are reflected in a mirror, so many truths are reflected from the one divine truth’. But if we speak of truth as it is in things, then all things are true by one primary truth; to which each one is assimilated according to its own entity. And thus, although the essences or forms of things are many, yet*

*the truth of the divine intellect is one, in conformity to which all things are said to be true”² (The Summa Theologica. Translated by the Fathers of the English Dominican Province. Versão Digital. Benziger Bros, 1947. Primeira Parte. Questão 16. Artigo 6 – *referência à Vulgata).*

(2) Dissemos que a verdade se encontra primariamente no intelecto (humano) e secundariamente nas coisas, na ordem em que se relacionam com o intelecto divino. Portanto, se falamos da verdade, tal qual presente no intelecto (humano), considerada sua precisa natureza, então há tantas verdades quanto intelectos (humanos); e até no mesmo e próprio intelecto (humano), considerando o número de coisas conhecidas. Nesse sentido uma glosa em Salmos 11*:2 (“*as verdades se corromperam entre os filhos dos homens*”) dizer: “*assim como da face de um único homem, várias semelhantes refletem-se em um espelho, muitas verdades refletem-se a partir da única verdade divina*”. Mas se falamos da verdade tal qual presente nas coisas, então todas as coisas são verdadeiras por uma única verdade original, em relação à qual cada uma é assimilada de acordo com sua própria existência. Daí, ainda que as essências ou formas das coisas sejam muitas, já a verdade do intelecto divino é única, de acordo com a qual todas as coisas são consideradas verdadeiras – tradução livre do autor.

BIBLIOGRAFIA

- ASSIS, Araken de. Execução nos Juizados Especiais. 2ed. São Paulo: RT, 1998.
- BATISTA, Weber Martins e FUX, Luiz. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CHEVALIER, Jean e GHEERBRANT, Alain. *Dicionário de Símbolos*. 18 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Cíveis*. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. A Instrumentalidade do Processo. 8ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GAULIA, Cristina Tereza. *Juizados Especiais Cíveis – O Espaço do Cidadão no Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado. São Paulo: RT, 2000.
- OBERG, Eduardo. *Os Juizados Especiais Cíveis e a Lei nº 9.099/95*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PASCAL, Blaise. *Pensamentos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- RIGAUX, François, *A Lei dos Juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. As Inovações no Código de Processo Civil. 6ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- TOMÁS DE AQUINO, S. *The Summa Theologica*. Translated by the Fathers of the English Dominican Province. versão digital. Benziger Bros, 1947.

ATUALIDADES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

Sérgio Guerra

Professor Adjunto de Direito Administrativo do Curso de Graduação e Coordenador Geral dos Cursos de Pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Diretor Executivo da Revista de Direito Administrativo – RDA.

ATUALIDADES SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

Sérgio Guerra

O controle judicial dos atos administrativos discricionários, na maioria das vezes, limita-se à mera invalidação deste mesmo ato para que a administração pública edite outro que não esteja maculado de arbitrariedade, irrazoabilidade ou desproporcionalidade. No entanto, é cada vez mais comum que, em determinadas situações de natureza regulatória, notadamente de grande apelo popular, essa invalidação do ato administrativo seja seguida de um comando judicial que o substitui no mérito.¹

Para provocar a questão lembre-se que no dia 29 de junho de 2003 (um domingo) as empresas de telefonia fixa que atuam no Estado do Rio de Janeiro foram proibidas de aplicar os reajustes autorizados pela Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, de até 41,7%, nas tarifas de telefonia. A decisão foi proferida por um juiz de plantão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que concedeu liminar em ação popular impetrada pelo então Secretário de Justiça do Estado.²

Nos termos daquela decisão, as empresas foram proibidas de aplicar os índices de reajustes autorizados regulamente pela ANATEL, sob pena de aplicação de multa diária de no mínimo R\$ 1 milhão por dia. Como argumento para o ingresso em juízo, o Secretário de Justiça sustentou que os reajustes de até 41,7% nas tarifas de telefonia provocaram inconformismo de toda a sociedade, em especial de políticos, ministros e sindicalistas, em flagrante prejuízo aos consumidores se aplicados aos contratos que estes mantêm com as operadoras de telefonia. Curiosamente, no ano de 2005 o índice geral de preços – antes fortemente criticado – despencou, propiciando uma contenção nos preços das tarifas.

(1) Renato Alessi, analisando o mérito dos atos administrativos e os limites do controle judicial, denota que o conceito de mérito pode ser considerado sob esses dois aspectos diversos. O primeiro é o aspecto meramente negativo, como limite ao poder de cognição do juiz de mera legitimidade (em sentido estrito). O segundo é sob o aspecto positivo, para indicar o pleno e perfeito ajustamento da medida à norma jurídica, ou seja, sua correspondência ao concreto interesse público, segundo um critério de efetiva oportunidade e conveniência. ALESSI, Renato. *Diritto amministrativo*. Milão: Giuffré, 1949, p. 135.

(2) Jornal O Globo, Editoria Econômica, edição de 30/06/2003, p. 16.

Recentemente, os jornais noticiaram decisões judiciais que determinaram o bloqueio de sinais para celulares, próximo aos presídios, sem amparo técnico, causando significativo transtorno aos cidadãos. Ademais, registre-se, ainda as decisões judiciais que, também na complexa área de telecomunicações, determinaram que as operadoras de telefonia fixa teriam que detalhar as ligações locais na fatura telefônica de todos os consumidores, em que pese a impossibilidade técnica em atender à determinação, uma vez que o sistema “análogo” utilizado pelas empresas não permitiria a contagem das ligações por tempo, o que só seria possibilitado com altos custos operacionais que inviabilizam as concessões ou oneram substancialmente os usuários.

Por causa de situações como estas, o controle judicial positivo somente deveria ser possível quando o ordenamento jurídico estabelecesse exatamente qual é o sentido em que a Administração Pública há de ter diante do caso concreto.³ Ou seja, o controle judicial deveria ser negativo quando o ordenamento jurídico se limitasse a estabelecer qual é o sentido que em nenhum caso pode ser adotado pela Administração Pública.⁴

A atuação administrativa, na visão de Bacigalupo, não deve ser, por exemplo, arbitrária, irrazoável, desproporcional, mas, por outro lado, nenhum desses princípios indica positivamente qual deve ser a atuação razoável ou proporcional.⁵

(3) Veja sobre o tema o pensamento de Germana de Moraes: “O poder judiciário, quando revê os atos administrativos não vinculados, poderá invalidá-los, mas não poderá, via de regra, determinar sua substituição por outro”. E conclui: “em certas situações excepcionais (...) é possível ao Juiz inferir, da realidade e da ordem jurídica, qual a única decisão comportável pelo Direito para solucionar o caso”. Leciona a Magistrada que “Cabe ao juiz, ao controlar a juridicidade da atuação administrativa não vinculada, depois de identificar se se cuida de discricionariedade ou da valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, vencer as seguintes etapas (não necessariamente nesta ordem cronológica): 1º) extraer do sistema constitucional os critérios de controle jurisdiccional; 2º) fixar, à luz dos princípios constitucionais, as fronteiras da sindicabilidade judicial da atividade administrativa não vinculada; 3º) ditar as consequências de sua atuação revisora”. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdiccional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 155-156.

(4) BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madri: Ed. Marcial Pons, 1997, p. 208.

(5) Idem.

É nessa ordem de questões que os limites de atuação do Poder Judiciário para controlar os atos administrativos, notadamente os discricionários, têm sido objeto de inúmeros debates, voltados, em especial, à busca da segurança jurídica nas relações entre a iniciativa privada e o Estado. Há uma revisitação do tema concernente à colisão entre o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o clássico princípio oitocentista tripartite da separação dos poderes.

É indisputável o destaque e o incremento das funções do Poder Executivo na ambivalência presente na pós-modernidade, em que se apresenta um verdadeiro *Estado da Sociedade de Riscos*.

Sociedade de riscos, segundo Beck⁶, designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isto levanta a questão da autolimitação daquele desenvolvimento, assim como da tarefa de redeterminar os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das consequências do dano, atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais.⁷

(6) BECK, Ulrich. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Ulrich Beck, Anthony Giddens, Scotch Lash. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997, p. 17. Título original *Reflexive modernization: politics, tradition and aesthetics in the modern social order*.

(7) “O Estado de Direito, em sua configuração mais recente de Estado Democrático e Social, que se afirmou a partir da queda do Muro de Berlim (1989), traz nova inflexão na problemática da segurança jurídica, tendo em vista que se caracteriza como Estado da Sociedade de Risco. Redesenha-se a segurança dos direitos fundamentais na fase atual do relacionamento entre Estado e Sociedade, em que esta assume o papel preponderante, restando ao Estado agir subsidiariamente na sua função regulatória e na impossibilidade de o indivíduo ou a sociedade resolverem os seus próprios problemas. De feito, o relacionamento entre Estado e Sociedade na fase do liberalismo social permite que se fale em uma sociedade de riscos, característica do Estado Subsidiário ou do Estado Democrático de Direito, que contrasta com a sociedade industrial, que dava sustentação ao Estado de Bem-estar Social ou Estado Providência. Na sociedade de riscos há uma cadeia de subsidiariedades, que se caracteriza pela responsabilidade primeira do indivíduo pela sua própria sobrevivência, secundada pela da comunidade se houver impossibilidade de cumprimento pelo cidadão, e complementada, em última instância, pelo Estado. (...) A sociedade de riscos se caracteriza por algumas notas relevantes: a ambivalência, a insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. v. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 177, pp. 176-177.

Certamente, a complexidade que se apresentou na sociedade a partir do século XIX, gerando novas carências, reclamou novos institutos e mecanismos de compatibilização das relações entre o sistema econômico e o sistema social, desestabilizando o modelo liberalizante suportado pelo Parlamento, e, consequentemente, aumentando a participação do Poder Executivo na administração do interesse público.

Nas palavras de Paolo Biscaretti Di Ruffia, constatou-se a partir dessa fase a genérica insuficiência demonstrada pelos Parlamentos contemporâneos para resolver completamente as inumeráveis exigências normativas do Estado.⁸ Nessa senda intensifica-se o conflito sobre a profundidade do controle dos atos administrativos, notadamente quando objetivem regular subsistemas complexos e altamente guiados por questões técnicas e científicas.

Com essa complexidade e tecnicidade, se, de um lado, a doutrina sustenta uma maior participação do Poder Judiciário na sindicância dos atos administrativos discricionários, para evitar-se o arbítrio do administrador, de outro, também é defendida uma medida e moderada atuação das funções jurisdicionais na revisão desses atos, haja vista o risco do magistrado usurpar a competência (técnica) do Administrador.

Com efeito, tivemos a oportunidade de sustentar algumas posições sob o tema em trabalho doutrinário concluído em julho de 2003.⁹ Pretende-se, com este breve ensaio, revisitá-lo comentando-se decisões judiciais posteriores ao mesmo, de modo a confrontar aquilo que foi ponderado com os atuais julgados das cortes superiores.

1. A POSITIVADA CONSTITUCIONAL DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS REGULATÓRIOS

No atual contexto constitucional os atos administrativos de um modo geral - incluindo-se, portanto, aqueles exarados pelas Agências

(8) RUFFIA, Paolo Biscaretti Di. *Derecho constitucional*. Madrid: Ed. Tecnos, 1973, p. 480.

(9) Sob a orientação do Professor Doutor Marcos Juruena Villela Souto e posteriormente publicado: GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

Reguladoras - sempre poderão ser submetidos ao Poder Judiciário¹⁰ haja vista o princípio da jurisdição una previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988¹¹.

O sistema de jurisdição una (sistema inglês)¹² significa dizer que tanto os atos privados como os atos administrativos se submetem à sindicância e, em determinados casos, à revisão pelo Poder Judiciário.¹³

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário está presente entre nós nos moldes da Constituição norte-americana de 1787. Isto porque, a partir do *leading case Marbury x Madison*, em 1803, ao se inferir o princípio da supremacia da Constituição e o controle dos atos legislativos pelo Judiciário, a Constituição estadunidense passou a ser o paradigma de um constitucionalismo moderno.

Nas palavras de Mauro Cappelletti¹⁴: “Marshall’s decision, with its enunciation of the supremacy of the constitution over other laws and of the judicial power to disregard unconstitutional laws, has certainly been a grand innovation. Today almost all modern constitutions of the western world tend to be rigid rather than flexible; this fundamentally important worldwide movement was effectively begun by the American Constitution of 1789 and its courageous interpretation by the Supreme Court”.

(10) É de notar-se que o socorro ao Poder Judiciário pode ocorrer quando o administrado sofrer lesão a direito, ou, até mesmo, no caso de mera ameaça de lesão. Ademais, o mesmo não precisa exaurir a via administrativa para postular a tutela jurisdicional. Nesse sentido, Odete Medauar adverte que quando a Constituição Federal pretendeu tal pressuposto para ingresso em juízo o fez expressamente, conforme disposições contidas nos §§ 1º e 2º do art. 217, em matéria de disciplina e competições esportivas. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 478. Nesse mesmo sentido, ver MORAES, Alexandre. Agências reguladoras. In: *Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.). São Paulo: Atlas, 2002, p. 33.

(11) BRASIL. Constituição (1988). 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: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

(12) Cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 29.

(13) Cabe destacar que o *sistema dúplice de jurisdição*, como ocorre no ordenamento francês, ao contrário do nosso sistema possui uma jurisdição administrativa e outra judicial.

(14) CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial review in the contemporary world*. Indianápolis: The Bobbs-Merrill Company, 1979, p. 27

Desse modo, desponta relevante uma breve recordação acerca do *judicial review* norte-americano, notadamente quanto ao controle judicial dos aspectos materiais e processuais dos atos das Agências Reguladoras independentes.

2. O JUDICIAL REVIEW NORTE-AMERICANO

O paradigma das Agências Reguladoras brasileiras é a *independent regulatory commission* norte-americana, entidade estatal autônoma dirigida por um órgão colegiado, com poderes executivos, normativos e judicantes.

Não só o Brasil seguiu, em parte, o modelo regulatório estadunidense. Jean-Jacques Daigre¹⁵, da Universidade de Paris I (Panthéon Sorbonne), adverte que as Agências Reguladoras francesas também tiveram como paradigma as agências norte-americanas: “Les autorités de régulation sont nées de la transposition des agences américaines et en particulier, dans le secteur financier, de la SEC, la Securities and Exchange Commission, mise en place à la suite de 1929, pour marquer la politique nouvelle engagée par Roosevelt”.

Diante dos conflitos decorrentes da delegação de funções às entidades regulatórias estadunidenses, tanto a imparcialidade quanto a independência/autonomia desses entes sofreram questionamentos em diversas situações. Na verdade, houve uma oscilação no alcance do *judicial review*, em vista da alternância entre o controle adjetivo e substantivo exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos regulatórios.¹⁶

Ao lado do controle adjetivo da regulação administrativa, o *due process of law* teve um importante papel nos Estados Unidos da América, com o controle do conteúdo das decisões emanadas da Administração Pública. A origem foi processual penal, passando, depois, para a esfera cível.

(15) DAIGRE, Jean-Jacques. Ombres et lumières: examen critique du fonctionnement des autorités administratives indépendantes. In: *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*. Paris: Economica, 2002, p. 5.

(16) Sobre a origem do conflito entre o Poder Judiciário e as Agências Reguladoras norteamericanas, ver, dentre outros, BIANCHI, Alberto B. *La regulación económica*, Tomo I. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 1998, p. 43 ss. Entre nós, SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 362 ss.

A garantia do devido processo legal espraiou-se pelos procedimentos administrativos e assumiu grande importância na área de regulação exercida pelas Agências Reguladoras, haja vista a competência destas entidades para disciplinar o exercício das liberdades mediante ponderação dos direitos individuais em harmonia com os interesses coletivos. O *due process of law* erigiu-se como limite do poder de polícia do Estado, em particular no campo regulatório, que ocupou grande parcela da produção normativa estatal.

A concepção adjetiva da cláusula do devido processo legal não se dirigia a um questionamento ou controle substantivo dos atos do Poder Público. Por essa razão, essa garantia não se apresentou, inicialmente, como controle do mérito dos atos administrativos (*substantive due process*).¹⁷

Contudo, a Suprema Corte norte-americana, com o intuito de repelir a arbitrariedade, passou a aplicar a cláusula do devido processo legal como instrumento de controle do mérito dos atos estatais.

Foi com base na compreensão estrutural dos valores da liberdade estadunidense que a Suprema Corte passou a vislumbrar na cláusula *due process of law* a fórmula para suportar e fundamentar a expansão da *judicial review*, por meio do controle da razoabilidade e a racionalidade dos atos estatais.

(17) Sobre o avanço do alcance do devido processo legal na questão de regulação de preços: "...o precedente Slaughter-House cases bloqueou temporariamente, até que fosse alterada a composição do Tribunal, a exploração pretoriana das potencialidades da cláusula due process of law com mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes. Assim é que, nos dez casos que se seguiram a esse julgamento até a virada do século, a Suprema Corte americana, sem embargo de vislumbrar aqui e ali uma perspectiva de direito substantivo para a garantia contida na 14ª Emenda ainda insistiu, através de várias decisões, nesse approach estreito e processual do princípio do devido processo legal. Pode-se destacar, dentre elas, o acórdão no caso *Munn v. Illinois*, do ano de 1877, quando o Tribunal, também por maioria e estribado no precedente dos Slaughter-House cases rejeitou o ataque feito contra uma lei estadual que regulava os preços de determinado produto industrial (grain elevators), afirmando, em essência, que não competia ao Poder Judiciário invalidar deliberações de Legislativo em assuntos que envolvam interesse público. Convém registrar que, ao assim fazer, a Corte recusou-se de forma terminante a examinar a 'razoabilidade' (reasonableness) dos preços objeto do tabelamento governamental. Considerou, para tanto, conforme a sustentação de Chief Justice Waite, que até mesmo os eventuais abusos na fixação de preços não deveriam ser corrigidos pelos órgãos da justiça, mas sim mediante a reaprovação popular a ser dirigida aos legisladores através das urnas: 'we know that this is a power which may be abused, but that is no argument against its existence. For protection against abuses by legislatures the people must resort to the polls.' " CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 49-50.

Sem uma prévia definição da cláusula *due process of law*, nos moldes da *common law*, a sua aplicação deu-se segundo o método de “inclusão” e “exclusão” no caso concreto, caracterizador do *case system*. Antes mesmo do fim do século XIX, várias decisões judiciais anularam as primeiras normativas de cunho intervencionista, sob o enfoque do liberalismo. Foi o período conhecido como “governo dos Juízes”, em que o Judiciário assumiu o papel de censor dos aspectos econômicos e sociais.¹⁸

No início do século XX, a garantia do *devido processo legal* assumiu um nítido caráter substantivo e limitador do mérito das ações estatal, tendo como *leading case* a área do controle judicial da legislação econômica, em 1905. No famoso *case Lochner v. New York* a Suprema Corte declarou inconsistente com a Constituição a lei que fixara jornada máxima de trabalho para os empregados de padaria. Aquela Corte reconheceu que a garantia do *devido processo legal* assegurava aos empregados e empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, sem qualquer ingerência do Poder Público.¹⁹

Com a chamada *doutrina Lochner*, que serviu de base para o controle jurisdicional sobre as medidas de intervenção do Estado na ordem

(18) “O abandono da visão estritamente processualista da cogitada garantia constitucional (procedural *due process*) e o início da fase ‘substantiva’ na evolução desse instituto (substantive *due process*) retrata a entrada em cena de Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade civil, revelando o seu papel de protagonista e igualmente ‘substantivo’ no seio das instituições governativas”. Idem, cit., p. 57.

(19) A superior instância da justiça estadunidense considerou que a faculdade de contratar as condições de trabalho entre empregado e empregador configura uma liberdade individual protegida pela 14.^a Emenda da Constituição Federal. Ao rechaçar as justificativas apresentadas pelo Poder Legislativo do Estado interessado para a preservação do ato normativo incriminado de inconstitucionalidade, a Suprema Corte firmou o entendimento de que não se cuidava no caso de uma lei de saúde pública (*health law*), para o que distinguiu a hipótese do precedente *Holden v. Hardy*, julgado no ano de 1898, no qual houvera considerado compatível com a Constituição a lei do Estado de Utah, que estabeleceria a limitação em oito horas da jornada de trabalho dos trabalhadores de minas de carvão. O caso *Lochner* simboliza a tendência da restrição judicial no princípio deste século contra a legislação de ordem econômica constrangedora da liberdade de iniciativa. Desautoriza, em específico, as normas pretensamente cogentes, que buscavam disciplinar as relações de emprego em benefício das partes economicamente menos favorecidas (empregados), relações essas ainda vistas sob a ótica privatista e sobremodo complacente com as desigualdades que grassam na ordem social, isto até a afirmação subsequente e definitiva do Direito do Trabalho, como conjunto de princípios de ordem pública imponíveis às condições oriundas das relações de trabalho assalariado. Idem, p. 65.

econômica e social, a Suprema Corte invalidou dezenas de normas na década de 20 do século passado, que regulavam vários subsistemas econômicos.

O *New Deal* de Roosevelt adotou a regulação econômica por meio das Agências Reguladoras. Após a *grande depressão*, reergueu-se a economia com a prática de políticas públicas setoriais, importando na delegação de uma grande parcela da função regulatória às Agências Reguladoras, para que pudessem definir o modo de intervir nas esferas econômica e social dos subsistemas. A partir desta fase, a Suprema Corte dos Estados Unidos passou a admitir as decisões de política econômica inspirada no modelo *keynesiano*.

Mas foi com a edição do *Administrative Procedure Act*, em 1946, que uniformizou-se o tratamento dispensado às Agências Reguladoras. Esse *act* definiu as entidades regulatórias como sendo qualquer autoridade do Governo, sujeita ou não ao controle por outra agência, à exceção do Congresso e dos Tribunais. O *judicial review* funciona, assim, com uma instância revisora das Agências Reguladoras, em que se verifica a forma com que a entidade regulatória fundamentou sua decisão, seja de forma singular (*adjudication making*) ou normativa (*rulemaking*).²⁰

(20) Acerca dos antecedentes e desenvolvimento da técnica do *Rulemaking*, Keith Krehbiel expõe: “The explosion of federal programs and agencies during the Great Depression coincided with a sharp increase in regulatory activity by the U.S. national government generally and executive agencies specifically. In earlier years, executive agencies primary vehicle for regulation was adjudications, which were adversarial and approximated judicial proceedings. As of the 1930s, however, laws increasingly granted to executive agencies the power to engage in rulemaking. The process of rulemaking tended to rest more on compromise and consensus building and, thus, was more akin to the legislative process than the judicial process. The precipitous increase in the use of regulations during the 1930s heightened concerns in Congress and in the Executive Branch regarding the lack of uniformity in the ways that agencies exercised their delegated authority. The Attorney General accordingly formed a Committee on Administrative Proceedings in 1939 whose purpose was to make recommendations to Congress on how to achieve greater procedural uniformity. The Committee completed its work in 1941, and Congress eventually responded to the recommendations by passing the Administrative Procedure Act (APA) of 1946. A procedural distinction between formal and informal rulemaking has evolved since 1946. The APA describes formal rulemaking as a trial-like, on-the-record proceeding. Historically, the preferred method of rulemaking is informal, also known as notice and comment. The main statutory requirements are: Publication of a Notice of Proposed Rulemaking (NPRM) in the Federal Register,²¹ Opportunity for public participation by submission of written comments; Consideration by the agency of the public comments and other relevant material, and Publication of a final rule not less than 30 days before its effective date, with a statement explaining the purpose of the rule. If and when these procedures are followed, once a rule is passed, it has the force of law”. In: *An introduction to rulemaking*. Board of Trustees of the Leland Stanford Junior University, 1998.

Nesse contexto, o *Administrative Procedure Act*, de 1946, contém na seção 706 uma cláusula segundo a qual o Tribunal, ao controlar a decisão administrativa, deve declarar ilegal e anular o ato quando o considere arbitrário, caprichoso, com abuso de discricionariedade ou, de qualquer outra forma, não conforme o direito.

Conforme lição de Bernard Schwartz, para esse controle judicial há uma pluralidade de motivos ou técnicas de controle da discricionariedade, resumidamente inseridos no teste de razoabilidade (*test of reasonableness*).²¹

Na verdade, a aplicação do princípio da razoabilidade não identifica efetivamente um parâmetro ou critério único para aplicação a todos os casos decididos pelas Agências Reguladoras. No entanto, em geral, os Tribunais estadunidenses respeitam as decisões das entidades reguladoras, diante do reconhecimento da capacidade técnica e científica detida pelas Agências (*judicial deference*).

Os Tribunais adotam um critério mais flexível de controle judicial quando apreciam decisões proferidas por *regulatory agencies*, com competência normativa, valendo-se, apenas, do sistema *hard look* quando do controle das decisões discricionárias de grande impacto, a exemplo da implantação de grandes projetos de infraestrutura e de complexos nucleares.²²

Por este princípio (*hard look*) se permite ao Poder Judiciário o controle efetivo do ato, pois o mesmo “visa obrigar a entidade com competência normativa a valorizar devidamente os elementos do facto e de direito constantes do ‘dossier’ sob pena de anulação da norma final pelos Tribunais”.²³

(21) SCHWARTZ, Bernard. *Administrative law*. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986, pp. 616 ss.

(22) Idem, p. 614.

(23) MONCADA, Luís S. de Cabral. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra Editores, 2001, p. 132. Nesse mesmo sentido, Fábio Medina Osório leciona que é a motivação do ato administrativo “que permite ao Judiciário o desempenho de suas funções controladoras, averiguando a correção formal e material da decisão administrativa. Motivação inexata não se confunde com falta de motivação. Se a motivação é inexata, materialmente, há desvio de poder. Daí a distinção entre motivação real e formal. A falsidade dos fundamentos do ato, sem dúvida, proporciona configuração do desvio de poder lato sensu”. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 405.

Segundo leciona Cabral de Moncada, o *hard look* tem sido um importante remédio na limitação da liberdade discricionária das Agências Reguladoras, pois as mesmas têm a obrigação de decidir de acordo com o que consta do *record*, ou seja do resultado material que congrega, de forma exaustiva e completa, os elementos de fato e de direito.²⁴

O princípio do *hard look review*, como sustenta Sérgio Varella Bruna, pode ser considerado uma forma híbrida das versões material, que comprehende o exame da razoabilidade do ato, e processual, voltado às garantias do contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação, dentre outras.²⁵

Denota o Autor que o Poder Judiciário, no exercício do controle da atividade normativa da Agência Reguladora, verifica se houve a correta atenção às alternativas “regulamentares existentes quanto à decisão adotada, bem como aos assuntos-chave compreendidos na matéria regulamentar, incluindo as principais sugestões formuladas pelo público”.²⁶

Pela aplicação do *hard look review* há predominância do controle judicial do ponto de vista adjetivo, de modo a respeitar a decisão adotada pela Agência Reguladora sempre que a motivação seja aceitável, evitando-se que juízos políticos de competência do Legislativo e Executivo venham a ser substituídos pelo Judiciário. Vale dizer, a investigação deve ser detalhada e cuidadosa, porém estreita. ²⁷

Esse modelo, instituído para controlar as decisões das Agências Reguladoras, teve como *leading case* a sentença proferida pela Suprema Corte no caso *Citizens to preserve Overton Park, Inc v. Volpe*, julgado em 1971. Nesse caso a decisão da Agência Reguladora permitia a construção de uma estrada através de um parque nacional.²⁸

(24) Idem, p. 134.

(25) BRUNA, Sergio Varella. Procedimentos normativos da administração e desenvolvimento econômico. In: *Regulação e desenvolvimento*. Calixto Salomão Filho (Org.) São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.

(26) Idem, pp. 251-252.

(27) Idem, p. 252.

(28) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994, pp. 77-78.

Depois desse caso, tantos outros vieram a exemplo dos *cases* *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council Inc.* (1978), *Sierra Club v. Costle* (1981), *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company* (1983), e *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council*. (1984).²⁹

Como dito, pelo *judicial review* estadunidense resta claro que o Judiciário pode e deve pronunciar-se sobre a questão de fundo da decisão regulatória, respeitando, contudo, os juízos prospectivos técnicos dos agentes reguladores. Por óbvio, não se aplicam às Agências Reguladoras brasileiras a integralidade das considerações antes expostas sobre o controle judicial sobre as decisões das Agências reguladoras norteamericanas. Contudo, algumas lições devem ser refletidas pelos nossos Operadores do Direito sobre esse modelo regulatório, como de fato já começa a ocorrer, como adiante veremos.

3. A INTERPRETAÇÃO PROSPECTIVA DA ENTIDADE REGULADORA.

No estágio em que se encontra o pluralismo social³⁰ há um conjunto de valores conflituosos, e a intervenção regulatória estatal em um determinado aspecto do conjunto social tende a produzir reflexos em outro seguimento, regulado ou não, e afetar o direito individual.³¹

(29) Idem. Um profundo estudo acerca do caso *Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council* (1984), foi desenvolvido por BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública e revisão judicial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pp. 249, ss.

(30) O pluralismo aqui aludido se refere às sociedades contemporâneas, que devem perseguir uma convivência de culturas e grupos diversificados, em um consenso democrático que respeite as diferenças. Nesse sentido, ver a obra do filósofo da Universidade de Harvard, John Rawls, *Justiça e democracia*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002 (publicada originalmente em francês sob o título *Justice et démocratie*, em 1978).

(31) Esse seria, para Willis Santiago Guerra Filho, um dos traços da pós-modernidade. Segundo o autor, o problema básico de qualquer Constituição política contemporânea não pode mais ser captado em toda sua extensão por aquela fórmula clássica, em que se tinha um problema de delimitação do poder estatal em face do cidadão individualmente considerado. Hoje entidades coletivas demandam igualmente um disciplinamento de sua atividade política e econômica, de modo a que possam satisfazer o interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública, com base em um princípio de proporcionalidade. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. 2.ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 159.

Com efeito, em determinadas situações os benefícios advindos da intervenção para uma determinada camada social pode: (i) gerar aporias³²; (ii) não ser adequado aos problemas e desvantagens que acarretarão para outro grupo da sociedade, ou mesmo (iii) comprometer garantias individuais³³.

Vimos que não se pode contestar, no atual ordenamento constitucional brasileiro, a possibilidade de controle jurisdicional de todos os atos administrativos. Há preceito constitucionalmente positivado (art. 5º, XXXV, CF) nesse sentido.

No entanto, a partir da década de 90 do século XX foram criadas diversas entidades autárquicas reguladoras com funções judicantes, uma delas, inclusive, com essas funções expressamente previstas na lei de sua criação.³⁴ Por isso se deve, ao menos em parte, entre nós e alhures³⁵, a amplificação do debate acerca da fronteira do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos executivos estatais.

A função jurisdicional, instituída, dentre outros fins, para evitar ou sustar os atos administrativos exarados com erro, abuso e arbitrariedade, é imprescindível para o Estado Democrático de Direito e para a manutenção das garantias e direitos fundamentais dos cidadãos. Entretanto, em alguns casos, o excesso da atuação jurisdicional sobre as decisões administrativas traz consigo a controvérsia acerca da substituição das decisões de agentes públicos, democraticamente eleitos ou não, pelos juízes.

Alejandro Nieto García³⁶ adverte que “si admitimos que la discrecionalidad era el caballo de Troya del Estado de Derecho (...)”

(32) Sob o ponto de vista filosófico, *aporia* é a dificuldade de escolher entre duas opiniões contrárias e igualmente racionais sobre um dado problema.

(33) Sobre o novo individualismo, ver a obra de GIDDENS, Anthony. *A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 44.

(34) Lei nº 8884/94, que transformou o CADE em autarquia.

(35) Acerca do controle judicial dos atos das *autorités administratives indépendantes* da França, sugere-se a leitura do artigo de Jacqueline Riffault, Conselheira da Corte de Apelação de Paris, intitulado: *Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes: le rôle de la jurisdiction judiciaire*. In: *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*. Paris: Economica, 2002, p. 23, ss.

(36) NIETO GARCÍA, Alejandro. *Estudios históricos sobre administración y derecho administrativo*. Madrid: INAP, 1986, p. 274.

hay que admitir también que el control judicial de tales actos es el caballo de Troya del decisionismo judicial en la actividad política y estrictamente administrativa, que en cualquier Estado está confiada a los políticos y a los administradores, no a los jueces”.

Quando um juiz decide modificar um ato administrativo de caráter geral, seja ele vinculado ou discricionário, exarado com o fim de apreciar um determinado direito, individual ou coletivo, os efeitos desse ato, em regra, afetam os administrados envolvidos, ou seus impactos quase sempre são abrandados e diluídos na coletividade.

Por outro lado, se o julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais - desrido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio - esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma decisão voltada a apenas um dos aspectos em questão, danificar a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado.³⁷

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para motivar se determinada decisão administrativa deve ser considerada justa para a hipótese, é necessário, na perspectiva do Direito contemporâneo, não apenas que a justificativa seja retrospectiva, levando em conta dados do passado, mas que sejam considerados também elementos justificativos voltados para o futuro, através de um exercício prospectivo. Desse modo será possível demonstrar que as soluções adotadas, uma vez aplicadas, não comprometerão outros valores que mereçam ser salvaguardados ou, pelo menos, que o farão em nível proporcionalmente tolerável em relação a esses valores fundamentais, que a própria ordem jurídica declara e preserva”.³⁸

A bem da verdade, o controle judicial é necessariamente balizado pelo Direito, de modo que esse aspecto limita o controle de

(37) A exemplo do serviço público de energia elétrica que envolve diversas fases (geração, distribuição e comercialização).

(38) *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 101-102.

todos os aspectos da decisão regulatória. É consabido que o ato regulatório se fundamenta, via de regra, em critérios metajurídicos.³⁹

A confrontação de razões da Administração com as razões dos Tribunais não se desenvolve em um plano de igualdade; isto é, não é simétrica. A Administração é livre para eleger, dentro do amplo espaço que em cada caso lhe permite a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões. Essas razões não podem ser utilizadas pelos Tribunais para justificar as suas, apenas de Direito.⁴⁰

Registre-se, ainda, que em conformidade com o vigorante princípio norteador da ordem econômica, a liberdade de iniciativa visa assegurar a dignidade da pessoa humana, conforme os ditames da justiça social. Desse modo, a regulação das atividades econômicas *lato sensu* se legitima através da ponderação de valores e interesses envolvidos.⁴¹

(39) Carlos Ari Sundfeld cita como exemplo: “os conflitos entre uma indústria poluidora, uma outra indústria que usa a água poluída lançada no rio e os vizinhos que também consomem, quer-se que eles sejam julgados por quem entenda do assunto. Não alguém que entenda de Direito apenas (isto é, das técnicas de produção e hermenêutica normativa), mas que entenda do problema específico: quem saiba das dificuldades para compor harmonicamente o conflito, consiga dar a solução mais harmoniosa por equidade, baseando-se em critérios técnicos, etc.”. Serviços públicos e regulação estatal. In: *Direito administrativo econômico*. Carlos Ari Sundfeld (Org.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 30.

(40) FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 3. ed. Madri: Civitas, 1999, p. 247. Fábio Medina Osório comenta o dinamismo da sociedade pós-moderna e o descompasso entre o Direito e os hodiernos problemas sociais: “As estruturas extremamente dinâmicas da sociedade pós-capitalista certamente produzem angústia no jurista, que pode se sentir incapaz de acompanhar a velocidade das mudanças sociais. Se o Direito, em geral, sempre caminhou atrás dos fatos, em uma sociedade veloz, instantânea, de informação, pluralista, este instrumento de controle social resulta ainda mais lento diante da assustadora rapidez dos acontecimentos e transformações de todos os tipos que ocorrem nas civilizações globalizadas. O fenômeno jurídico, de um lado, vive um profundo descompasso com os fatos cuja regulação é necessária (e ambicionada) e, de outro, se mostra insuficiente como instrumento destinado a solucionar graves problemas sociais, não conseguindo atender demandas emergentes”. Op. cit., p. 50.

(41) Nas palavras de Magide Herrero, em tradução livre: “Os critérios técnicos podem ser utilizados para a realização de uma ponderação dos diferentes interesses em presença, com o fim de completar a determinação do interesse geral que a lei remeteu, parcialmente, a Administração”. MAGIDE HERRERO, Mariano. *Límites constitucionales de las administraciones independientes*. Madri: INAP, 2000, p. 297.

Nessa ordem de idéias, os parâmetros de controle judicial do gênero “ato administrativo” são insuficientes para desvendar todas as indagações que envolvem os fins e repercuções do controle judicial da tecnicidade do “ato administrativo regulatório” de atividades econômicas.⁴²

Assim, nos parece que o controle judicial dos atos regulatórios deve estar presente sempre que houver dúvida acerca da observância do due process of law, notadamente na apreciação da vinculação da decisão regulatória com os fatos do caso real. Entretanto, o magistrado não deve perscrutar a interpretação prospectiva do regulador, que deve concentrar a preocupação com os impactos futuros, mediante a ponderação dos benefícios e dos ônus advindos da regulação. Os impactos sistêmicos do ato regulatório ultrapassam a competência do magistrado.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso⁴³ conclui que em matéria de agências, “é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo”.

Tem-se, ainda, o fato de que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no contexto da discricionariedade regulatória (ou, para alguns, discricionariedade técnica), de modo que a apreciação desses conceitos,

(42) Conforme leciona Fábio Medina Osório: “Nenhum Juiz parece estar preparado para controlar litígios que envolvem temas multidisciplinares, v.g., economia, sociologia, moral, em prazo fixado em semanas ou, no máximo, meses. Esses controles judiciários têm se revelado claramente insuficientes, incapazes de inibir abusos que implicam o atropelamento de fórmulas legais ou mesmo constitucionais”. Op. cit., p. 51.

(43) Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: *Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.) São Paulo: Atlas, 2002, p. 127. Nessa linha de pensamento, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara sustentam que “eleger critérios importa escolher com discricionariedade técnica entre vários atributos que se prestem à mesma finalidade (...). Entre os critérios disponíveis, compete ao ente administrativo eleger o que se mostra mais adequado ao interesse público, de acordo com seu juízo técnico de conveniência ou oportunidade. Trata-se de decisão tipicamente político-administrativa, de mérito, que foge ao âmbito do exame da estrita legalidade ou juridicidade.” Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 4, p. 23-38, out/dez/2002.p. 35.

segundo apenas os critérios técnicos correspondentes, poderá dar margem a mais de um resultado (solução justa)⁴⁴, impedindo que o mérito desses atos seja revisto positivamente pelo Poder Judiciário.⁴⁵

Vale dizer, pensar em sentido diverso estar-se-ia transferindo a discricionariedade regulatória técnica da Agência Reguladora para os peritos indicados pelos magistrados.

Na hodierna concepção de que o Poder Judiciário pode e deve controlar os atos da Administração Pública, uma vez ultrapassado o controle judicial para verificação da correta aplicação das normas e instrução procedural, pode-se concluir que, no caso concreto, em que a Agência Reguladora verificar mais de uma possibilidade técnica igualmente satisfatória, esta poderá decidir, por meio dos critérios de conveniência e oportunidade, qual a melhor opção. Nesse caso, deve ser destacado que há um mérito do ato de regulação, que não deve ser alterado pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, caso o Judiciário anule uma decisão regulatória discricionária por inobservância, pelo agente regulador, de elementos conformadores do ato, o magistrado deve devolver o assunto à Agência Reguladora para que exare outra decisão, levando em consideração todos os aspectos apontados pelo Tribunal.

Luís S. Cabral de Moncada⁴⁶, em ensaio específico sobre a eficácia no Direito Público, denota, ao abordar o confronto entre a Administração Pública com os Tribunais, que “o juízo técnico não é apenas uma valorização (relativamente) autônoma de certos factos, é também

(44) Acerca dessa questão, Marcos Juruena Villela Souto apostilou: “A solução justa de um conflito entre partes é da essência da função judicial, mas o juiz não pode reduzir todas as variáveis a uma solução justa, pois a Administração não está obrigada a reduzir seu leque de opções às regras de interpretação jurídica, até porque, como dito, voltada para o impacto futuro da regulação”. Op. cit., p. 359.

(45) Sérgio Varella Bruna sustenta que “a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador sugere a hipótese de vinculação, permitindo ao judiciário investigar com maior proximidade se o comando normativo foi atendido no caso concreto, mas por si só não é capaz de excluir a hipótese de discricionariedade...”. E, abordando o tema quando investiga o *judicial review* das Agências Reguladoras, adverte: “Embora em regra do Judiciário norte-americano esteja disposto a examinar mais amplamente questões atinentes à interpretação dos textos legais, há decisões que parecem reconhecer o caráter discricionário da interpretação administrativa de certos conceitos legais abertos (ou indeterminados), especialmente quando sejam eles demasiadamente imprecisos”. *Agências...*, cit., p. 141 e 240..

(46) *Estudos...*, cit., pp. 216-217.

expressão de um poder. Sendo assim, deve o juiz aceitar a valorização feita pelo agente, não sendo possível a fiscalização contenciosa, não por estarmos perante qualquer pretensa discricionariedade, mas porque a Administração dispõe aqui de verdadeira prerrogativa de avaliação⁴⁷.

Resta dizer, a Corte somente deverá substituir a decisão administrativa caso conclua que, à luz do Direito, só existe uma solução possível para o caso, o que equivale concluir que a decisão não é discricionária, mas vinculada.

Sobre o tema Eros Roberto Grau, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, aduz que há decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar.⁴⁷ Por esse pensamento, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos erros manifestos que nelas se exteriorizam, de modo que a administração, nesses casos, goza de liberdade técnica de decisão, liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando o seu exercício resultar viciado por erro manifesto.⁴⁸

(47) GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 214. Nesse mesmo sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara lecionam: “*O Judiciário recebeu a atribuição constitucional de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito que lhe venha a ser submetida. (...) Todavia, também se extrai dessa mesma prescrição constitucional que os ao Judiciário somente foi imputada responsabilidade sobre o exame jurídico dos conflitos de interesse que lhe forem submetidos*”. Op. cit., p. 24.

(48) Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara também sustentam neste sentido. Op. cit., p. 36. Registre-se que este não é o pensamento de Di Pietro. Para essa jurista qualquer decisão exarada pelo órgão regulatório pode ser revista pelo Judiciário, com o auxílio de peritos. Nesse sentido, a administrativista denota que “não há fundamento para a reserva de uma discricionariedade técnica para as agências. Embora se reconheça aos órgãos administrativos, em função de sua especialidade, a possibilidade de estabelecer normas sobre aspectos técnicos da matéria que lhes é afeta, não se pode, a priori, excluir esses aspectos do controle judicial. Na medida em que se reconhece, sem qualquer controvérsia, a possibilidade do Judiciário examinar a matéria de fato, por mais técnica que seja (e o faz, em regra, com a ajuda de peritos), e na medida em que é perfeitamente possível o abuso de poder, o arbítrio, o erro, o dolo, a culpa, no estabelecimento de critérios técnicos, também não se pode deixar de reconhecer que a chamada discricionariedade técnica pode causar lesão ou ameaça de lesão e, portanto, ensejar correção judicial”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 145-146. Nos parece que esse pensamento de Di Pietro é acompanhado por Sebastião Botto de Barros Tojal, ao sustentar que “o Poder Judiciário está credenciado a adentrar a apreciação da atividade-fim das agências reguladoras para que se restabeleça o equilíbrio democrático”. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. Controle judicial da atividade normativa das agências reguladoras. In: *Agências reguladoras*. Alexandre de Moraes (Org.) São Paulo: Atlas, 2002, p. 168.

Nos casos concretos em que suscitarem dúvidas acerca da decisão ideal adotada pela Agência Reguladora, e desde que esta se apresente como razoável, proporcional - sendo, portanto, perfeitamente admissível - a mesma não deve alterada, pois corresponderá a uma opção de mérito compatível com a situação empírica, porque sintonizada com a própria razão de ser das alternativas abertas pela regra aplicada.⁴⁹

Como dito em 2003⁵⁰, se apresenta diante do Poder Judiciário um desafio e oportunidade de modernizar a vetusta ordem jurídica típica do administrativismo francês. Urge que a magistratura nacional se adapte aos novos paradigmas do controle judicial dos atos estatais regulatórios, que se insere nas hodiernas premissas do Direito Administrativo renovado.⁵¹

Há, por certo, um enriquecimento do direito administrativo na pós-modernidade com o intercâmbio de questões com o direito privado⁵² e com o direito administrativo alienígena, este num ambiente de internacionalização do próprio direito. Nesse vezo, o direito administrativo pós-moderno deve observar as normas principiológicas e o novo rol de temas que permeia a sociedade de riscos, notadamente a eloquente tecnicidade que impõe uma análise sistêmica do campo jurídico para se alcançar a justiça.

4. NOVO PARADIGMA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NO CONTROLE DOS ATOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

No trabalho doutrinário de julho de 2003 constatamos que os atos exarados pelas Agências Reguladoras, submetidos ao controle judicial, ainda eram incipientes. Pode-se afirmar que ainda o são!

(49) Cf. BANDEIRA DE MELLO, quando se refere à discricionariedade administrativa pura. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 5. Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40.

(50) GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 279.

(51) Sobre o direito administrativo econômico, ver, por todas, as obras de LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*. Tradução de Maria Teresa Costa. Coimbra: Ed. Almedina, 1985., p. 106 ss. e, entre nós, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

(52) Sobre o tema, em detalhes, ver: FREITAS, Juarez. Op. cit., p. 28.

Ainda são poucas as decisões judiciais que podem ser catalogadas como um verdadeiro enfrentamento do tema e consequente manifestação do controle judicial de mérito sobre os atos regulatórios propriamente ditos.

Naquela oportunidade comentamos alguns arestos de Cortes brasileiras, que julgamos ilustrativos acerca da trajetória do debate em torno do controle judicial das deliberações das Agências Reguladoras.

Desde então, permanecemos atentos ao debate acerca do tema em questão e, para nossa surpresa, a matéria pautou, nos últimos dois anos, algumas importantes manifestações do Superior Tribunal de Justiça, inclusive merecendo a fundamentação doutrinária de nossa obra⁵³.

Acerca da manifestação do Poder Judiciário no tema da regulação da energia elétrica, cumpre destacar a decisão monocrática do Presidente do Superior Tribunal de Justiça, na Suspensão de Liminar 162, proferida pelo Ministro Edson Vidigal, publicada em 20 de setembro de 2005.

No caso em tela o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Pernambuco ajuizaram, contra a CELPE – Companhia Energética de Pernambuco, a ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica e a Termopernambuco S/A, Ação Civil Pública pretendendo a declaração de nulidade do reajuste de tarifa autorizado pela referida entidade regulatória por meio da Resolução Homologatória nº 112/2005, bem como do Despacho ANEEL nº 892, de 08/11/2004, que autorizou revisão tarifária extraordinária. Postulou-se, em consequência, a nulidade de todos os atos normativos ou homologatórios emanados da ANEEL que, de uma forma ou de outra influenciaram na respectiva revisão tarifária.

O pedido de antecipação da tutela foi deferido pelo Juízo *a quo*, para suspender os efeitos dos mencionados atos, até a fixação de novos valores para as tarifas. Determino-se, ainda, naquela decisão, a fixação provisória, pela ANEEL, de novos percentuais para as tarifas de energia elétrica fornecida pela CELPE e a desconsideração, nas faturas de energia, dos valores decorrentes da Resolução n.112/2005, mantendo os valores anteriores até que fossem divulgadas as novas tarifas, devendo a CELPE substituir as faturas que já tivessem sido expedidas com o aumento impugnado.

(53) GUERRA, Sérgio. Op. cit., p. 275.

É assinalável que contra essa decisão a ANEEL formulou pedido de suspensão de liminar, negado pelo Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o que ensejou agravo regimental, não provido pelo pleno daquele Regional, restando mantida, por consequência, a liminar concedida pelo juiz da causa.

Em decorrência dessa decisão, foi requerido à Presidência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pela ANEEL pedido de suspensão da antecipação da tutela, com base na Lei nº 8.437/92 c/c Lei nº 9.494/97, por alegadas lesões ao interesse público, à ordem administrativa e à economia pública.

O que interessa ao tema enfrentado neste artigo se atém à fundamentação da decisão proferida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Enfrentando o mérito (exercício mínino) preocupando com a contra-cautela, destacou o potencial lesivo da liminar em comento diante do ponto nevrálgico destacado pela ANEEL, e que envolve os critérios técnicos adotados para a autorização do reajuste, fiéis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente.

Segundo manifestou-se o Ministro Edson Vidigal, na oportunidade da celebração do contrato de concessão da distribuidora de energia elétrica, conforme autorizado pela legislação pertinente, inseririam-se cláusulas prevendo mecanismos de manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, como o reajuste tarifário.

Foi destacado na decisão monocrática que esses mecanismos têm origem na política tarifária previamente aprovada pelo Conselho Nacional de Desestatização – CND, e são vitais para que a prestação do serviço público possa se dar em conformidade com os princípios constitucionais e legais incidentes, e que não só permitam, mas viabilizem a celebração de tais contratos entre o Poder Público e o particular que se disponha a negociar com a Administração, notadamente em se tratando de contratos de concessão com prolongado prazo de duração.

Nesse aspecto, e valendo-se de decisão outrora proferida, reafirmou que o descumprimento de cláusulas contratuais, impedindo a correção do valor real da tarifa, nos termos em que previsto no contrato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária,

podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e sua manutenção, implicando ausência de investimentos no setor, prejudicando os usuários, causando reflexos negativos na economia pública, **porquanto inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração Pública**, afastando os investidores, resultando graves consequências também para o interesse público como um todo, além, é claro, de repercutir negativamente no chamado “Risco Brasil”.

Proseguiu sua decisão afirmando que o interesse público não se resume a conter tarifas, sendo evidenciado, também, na continuidade do fornecimento de energia, a manutenção do contrato de concessão do serviço público, de modo a viabilizar investimentos no setor, para que o país não volte à escuridão. O descumprimento do que foi legalmente pactuado, com a chancela do Judiciário, pode, no caso, afetar o seu equilíbrio econômico-financeiro, até porque não há como olvidar a real inflação do País a atingir a quem contrata a longo prazo.

Aduziu que no caso concreto não lhe passou despercebido que a decisão impugnada determinou que a ANEEL fixasse o índice de reajuste tarifário com base em parâmetros não previstos nos contratos aprovados pelo Poder Concedente, desconsiderando, inclusive, o contrato de fornecimento de energia termoelétrica firmado entre a CELPE e a Termopernambuco, já aprovado pela agência reguladora. Assim, obrigou a administração a calcular o reajuste tarifário substituindo o valor da energia termoelétrica adquirida pela CELPE pelo valor da energia hidráulica apontado no Leilão de 2005.

Entende aquele magistrado que dada a complexidade do cálculo dessas tarifas não se pode, simplesmente, igualar parâmetros desiguais. Considerou, também, que o preço da energia contratado com a Termopernambuco deve ser ponderado à luz do momento em que firmado o negócio jurídico. Notadamente no setor de energia elétrica, ao tomar decisões, os agentes públicos ou quem as vezes lhes fizer, têm que prever como ficará o cenário a longo prazo, ou seja, nos próximos 10, 20 ou 30 anos, sob pena de não poder garantir a oferta de energia suficiente para atender demanda futura.

É o que denominados neste artigo de visão prospectiva da entidade regulatória.

Suspendeu-se a liminar requerida pela ANEEL, e concluiu afirmando que o setor elétrico não pode sofrer os efeitos da volatilidade do mercado de curto prazo, sob pena de criar um ambiente instável no setor.

Ademais dessa decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça merece destaque o acórdão, publicado no dia 14 de junho de 2004, proferido por unanimidade pela Egrégia 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que foi Relator o Ministro João Otávio de Noronha.

A ementa foi assim redigida: ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é **imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor**, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada “área local” para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva **leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica**, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. **Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das “áreas locais” estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir.** 4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente resarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso

no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido.

Verifica-se, nesse acórdão, que a Corte não adentrou no mérito da decisão proferida pela ANATEL ao definir o que compreende o *conceito jurídico indeterminado* “área local”.

O tema da discricionariedade (pura ou técnica) envolve a controvertida teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. É sabido que grande parte das normas regulatórias contemplam conceitos jurídicos indeterminados, carecendo, portanto, de integração pelo agente regulador. Estes conceitos estão inseridos no tema da discricionariedade administrativa.

Por isso sustentamos que os conceitos jurídicos indeterminados se inserem no campo da discricionariedade, pois é plausível a existência de mais de uma solução justa para cada caso. Nessa linha de pensamento, o binômio oportunidade/conveniência está presente na integração da norma, aplicando-se, assim, a tese que veda o controle judicial positivo dos atos discricionários.

Vale dizer, é possível inferir que a interpretação (ou integração) dos termos fluidos e técnicos previstos nas normas gerais e setoriais, a que as Agências Reguladoras estão vinculadas, se insere na discricionariedade administrativa pura ou, para alguns, na “discricionariedade técnica”.

Outro acórdão, da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), determinou que as operadoras de planos de saúde Bradesco e Sul América podem reajustar, respectivamente, em 25,8% e 26,1%, os contratos firmados antes de janeiro de 1999, bem como aumentar em 11,69% os novos contratos de planos de saúde. Suspendeu-se a liminar que impedia a aplicação dos índices determinados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), confirmando decisão anteriormente proferida pelo Ministro Edson Vidigal, presidente do STJ.

O caso foi decidido após o voto-vista do ministro Cesar Asfor Rocha, que acompanhou o ministro Edson Vidigal, relator do processo, votando, no mesmo sentido, os ministros Barros Monteiro, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Felix Fisher, Eliana Calmon e Laurita Vaz. Apenas o ministro Nilson Naves votou pela manutenção da liminar que limitava os reajustes a 11,69% para todos os contratos.

A Agência Nacional de Saúde (ANS) queria a suspensão da decisão que impedia os reajustes dos planos de saúde Bradesco e Sul América, tomada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em julho. A questão chegou ao STJ e pedia a cassação do efeito suspensivo conferido à ação movida por duas entidades que representam os usuários. Os reajustes de 25,8% para o Bradesco Saúde e de 26,1% para a Sul América Companhia de Seguro haviam sido autorizados pela ANS nos contratos firmados antes de janeiro de 1999, e, quanto aos contratos novos, o reajuste autorizado foi de 11,69%.

Esse pedido foi deferido pelo Ministro Edson Vidigal em setembro de 2005, advertindo em sua decisão para os riscos que “conclusões açodadas” podem ocasionar, como “desarmonia e desequilíbrio” para o setor da saúde suplementar.

“Com isso em vista, atento, principalmente aos **efeitos prospectivos da medida**, o alto interesse público envolvido, **ponderando-se, também, os riscos e os resultados** que conclusões açodadas possam ocasionar – desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar –, é que defiro o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao agravo de instrumento nº 63323-PE, em curso no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até o julgamento do mérito da ação civil pública naquela Corte”.

Contra essa decisão a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde (Aduseps) e a Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor (Adecon) recorreram, por meio de agravo regimental. Ao votar, o Ministro Edson Vidigal se ateve ao seu entendimento anterior, mantendo a suspensão da liminar da Justiça Federal que impedia o aumento.

“Superada a preliminar e a despeito da judiciosa argumentação expendida pelas agravantes, não revela elementos capazes de alterar o convencimento anteriormente firmado ao deferir o pedido de suspensão. Com os olhos postos no relevante interesse público envolvido, **atento aos riscos e**

conseqüências que conclusões precipitadas poderiam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, é que deferi o pedido para suspender a decisão da Quarta Turma do TRF/5^a Região no Agravo de Instrumento nº 63323-PE, em decisão assim exarada: ‘A discussão aqui travada gira em torno da questão da aplicação ou não aos contratos firmados anteriormente a 1999 das regras de reajustamento das contratações pecuniárias dos planos privados de saúde definidas na Lei nº 9.656/98, bem como dos critérios diferenciados de aplicação do reajuste entre aqueles contratos e os novos, sob a regência da citada Lei. Como reconhece a própria requerente, na via restrita da suspensão, a apreciação da matéria de natureza exclusivamente jurídica se acha assegurada na via recursal própria. Relevam, aqui, as circunstâncias próprias da natureza de contra-cautela, permeada por juízo político, notadamente a possibilidade de a decisão liminar, contrária ao Poder Público, causar lesão, de natureza grave, à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, Lei nº 8.437/92, art. 4º. O Acórdão que manteve o efeito modificativo ativo dado ao Agravo de Instrumento, assinalando a observância da preservação do equilíbrio financeiro dos contratos, disse que o critério adotado para os reajustes anuais é a variação média dos custos dos atendimentos médico-hospitalares, como reconheceu a própria agência reguladora, permitindo aferir que essa variação ocorreu de forma isonômica, porque não é possível que tal variação tenha ocorrido de forma muito mais abrupta nos contratos antigos. Primeiro, porque, tomados os procedimentos médico-hospitalares singularmente, a variação dos seus preços é rigorosamente a mesma, qualquer que seja o plano de saúde do usuário, pois utiliza-se invariavelmente a tabela de procedimentos médicos da Associação Médica Brasileira – AMB. Segundo, porque, analisando-se o conjunto dos contratos antigos, é muito mais lógico acreditar que, tendo uma cobertura menos ampla do que os contratos novos, geram aqueles, para as operadoras, custos menores’ (fl. 197).

Reconheceu o *fumus boni iuris* em favor das agravantes, a complexidade da questão dos percentuais para o exercício de 2005, de 28,80% e 26,10%, para os contratos antigos celebrados com as operadoras Bradesco e Sul América, a exigir perícia, não se vislumbrando qualquer justificativa para a ‘fixação daqueles índices em patamares diversos e, aliás, muito superiores, ao que a ANS aplica para os contratos novos, de qualquer operadora, que é de apenas 11,69% para 2005’ (fl. 197). Em que pese aos judiciosos argumentos expedidos e aos do Ministério Público Federal, e sem adentrar no mérito da questão relativa ao critério utilizado para alcançar o índice adotado para o reajuste dos contratos antigos, tenho que a decisão liminar pode causar lesão grave à ordem pública administrativa, **na medida em que interfere na legítima atividade regulatória desempenhada pela ANS, com respaldo na discricionariedade técnica, gerando, também, instabilidade no mercado de saúde suplementar.** Não se trata de ato flagrantemente ilegal e, em assim sendo, **ao Judiciário não é dado adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios, sob pena de estar invadindo seara alheia.** Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, “se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados eficientes e seguros aos usuários” (REsp 572.070, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.6.2004). **Esse o enfoque dado à matéria por Sérgio Guerra, em “Controle Judicial dos Atos Regulatórios”,** anotando que: “se o

julgador alterar um ato administrativo regulatório, que envolve, fundamentalmente, a eleição discricionária dos meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais – desrido das pressões políticas comumente sofridas pelos representantes escolhidos pelo sufrágio -, esse magistrado, na maioria das vezes, poderá, por uma só penada, afetar toda a harmonia e equilíbrio de um subsistema regulado” (2005, fls. 272/275). Igualmente, não se pode adentrar em sede de suspensão na discussão sobre ter ou não, os contratos antigos, maiores vantagens e custos do que os novos, o que justificaria, ao ver da ANS, a disparidade dos índices adotados para o reajuste, questão de mérito a ser ainda apreciada pelas instâncias ordinárias. Enquanto as decisões judiciais se atêm ao direito, “a Administração é livre para eleger, detentor do amplo espaço em que cada caso lhe permitem a lei e o Direito, as razões (jurídicas, econômicas, sociais, técnicas, ambientais), a curto, médio e longo prazo, que servem de suporte a suas decisões. Essas razões não podem ser utilizadas pelos Tribunais para justificar as suas, apenas de Direito” (a. op. cit., p. 275). Com isso em vista, atentando-se, principalmente, para os efeitos prospectivos da medida, o alto interesse público envolvido, ponderando-se, também, os riscos e os resultados que conclusões açodadas possam ocasionar - desarmonia e desequilíbrio para o setor da saúde suplementar -, é que defiro o pedido para suspender a decisão que concedeu o efeito modificativo ativo ao Agravo de Instrumento nº 63323-PE, em curso no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, até o julgamento do mérito da Ação Civil Pública naquela Corte. Expeça-se comunicação. Intime-se. Publique-se” (fls. 249/254). Realça, ainda, o expressivo fundamento, pelo prisma da lesão à economia pública acarretada pelo enfraquecimento do setor da saúde suplementar, vez que os consumidores, ‘antes protegidos por provimento jurisdicional bem intencionado, mas fragilmente

abalizado, correm o risco de suportar, ao final, negativos reflexos financeiros, advindos da modificação da decisão provisoriamente lançada, pois terão de arcar com o pagamento de diferenças oriundas de prestações vencidas' (fl. 19). Restando o perigo do inadimplemento das contraprestações pecuniárias 'e, conseqüentemente, da manutenção da assistência suplementar à saúde de parcela dos consumidores que eventualmente não possam suportar o pagamento do respectivo montante acumulado. Trata-se de situação indesejada, de grave e de difícil reparação, que coloca em risco a saúde pública, considerada em seu sentido amplo' (fl. 20). Assim sendo, mantenho a decisão agravada e nego provimento ao Agravo.

Como se vê, esse acórdão enfrenta o tema nos moldes por nós antes sustentados, abrindo-se um novo paradigma do controle judicial dos atos regulatórios.

Vale trazer outro acórdão da 1^a Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça, no agravo regimental na medida cautelar 10443/PB⁵⁴, em que funcionou como Relator o Ministro Francisco Falcão, no julgamento ocorrido

(54) EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SISTEMA DE TELEFONIA PRÉ-PAGO. VALIDADE DOS CRÉDITOS. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO ESPECIAL. CONJUGAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DE CONCESSÃO DA LIMINAR. I - O agravante postula a reforma da decisão que indeferiu a liminar que buscava atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão que viabilizou tutela antecipada para acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pagos. II - Entendo relevantes os argumentos lançados pelo requerente, pelo que se dessume que, para a execução do acórdão infirmado pelo recurso especial vinculado, far-se-ia necessária uma alteração no sistema técnico implantado, o qual implicaria em efetivo prejuízo para a parte em face mesmo da mudança no planejamento, que segundo o requerente implica em investimentos da ordem de R\$ 16.000,000,00 (dezesseis milhões de reais) para os próximos dois anos. III - Nesse diapasão, estaria mesmo caracterizada lesão irreparável para o requerente, tendo em vista que, in casu, o acórdão que ampara a tutela antecipada tem natureza provisória pendente de confirmação no juízo ordinário, sem falar dos recursos aplicáveis, e a reversibilidade da implantação de nova tecnologia para permitir a utilização dos créditos para período indeterminado importaria em maior prejuízo para a companhia requerente. IV - Além da análise encimada observe-se ainda que os valores não auferidos pelo requerente dificilmente seriam recompostos em face da natureza do sistema pré-pago. V - Agravo regimental provido.

em 13/12/2005, publicado no Diário de Justiça de 06.03.2006. Consistiu em medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada pela TNL PCS S/A - OI, buscando atribuir efeito suspensivo ao recurso especial interposto contra o acórdão proferido em agravo de instrumento, o qual reverteu decisão que havia indeferido tutela antecipada em ação civil pública para acabar com a prescrição dos créditos do sistema de celulares pré-pago.

O julgamento em questão levou em consideração o voto-vista do Ministro Luiz Fux, que assim ementou sua decisão, enfrentando o tema da capacidade técnica das entidades reguladoras independentes nos moldes sustentados em nossa obra: *LIMINAR E TELEFONIA. SERVIÇO PRÉ-PAGO. DEFESA AO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL ADMITIDO. CAUTELAR E EFEITO SUSPENSIVO. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA PRESENTES. ATUAÇÃO CONFORME ATO DA AGÊNCIA REGULADORA.* 1. Vigente ato normativo da Agência Reguladora cujo escopo é regular o segmento, não podem os estabelecimentos regulados absorverem danos e punições pelo fato do cumprimento das regras maiores, posto engendrarem exercício regular do direito. 2. A modificação *ex abrupto* dessas regras da Agência Reguladora por tutela provisória em liminar concedida em ação, acarreta *periculum in mora*, mercê de o *fumus boni iuris* repousar no cumprimento do ato da Agência. 3. **Deveras, somente a ausência de nulificação específica do ato da Agência autoriza o Judiciário e intervir no segmento, sob pena de invadir seara administrativa estranha ao Poder Judiciário.** (Sérgio Guerra *in Controle Judicial dos Atos Regulatórios*, Editora Lumem Juris, Jan/2005, págs. 355/369). 4. *Ratio essendi* dos precedentes da Corte Especial na análise de Suspensões de Segurança calcadas em atos das Agências e no princípio *pacta sunt servanda*. (AgRg na SL 57/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ 06.09.2004). 5. Impossibilidade de atendimento técnico da decisão liminar, que configurou para o Relator *periculum in mora* inverso, máxime porque a adoção da providência contrária ao ato da ANATEL (art. 55 da Resolução 316/2002, e itens 4.6 e 4.6.1, da Norma 03/98). 6. Notória inversibilidade do provimento (art. 273, § 5º, do CPC), revelando-se prematura, em sede de liminar, **alterar-se um quadro normativo complexo e idealizado pela Agência Reguladora, induzindo o Judiciário não só a invadir a seara**

administrativa exclusiva da Agência, como também a atuar como legislador positivo, em manifesta afronta à sedimentada jurisprudência da Corte Suprema. 7. Agravo Regimental provido, para deferir a medida liminar, acompanhando o E. Relator.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça colhe-se acórdão proferido no REsp 573475/RS, em que foi Relator o Ministro JOSÉ DELGADO e Relator para acórdão o Ministro LUIZ FUX, perante a 1^a Turma. O julgamento ocorreu em 08/06/2004 e foi publicado em 16.08.2004.

A ementa assim foi assim elaborada: COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA PELA CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. ANATEL. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL.

1. Proposta a ação em face da Agência Reguladora Federal, de natureza autárquica, é competente a Justiça Federal. Acaso a pretensão não seja acolhida em face da mesma, a matéria é meritória. A legitimidade afer-se in abstrato (*vera sint exposita*). 2. No caso em tela, as ligações telefônicas emanadas de bairros de um mesmo Município eram cobradas a título de ligações locais. Com a implantação da denominada privatização dos serviços de telefonia, sem qualquer comunicação ou aviso prévios aos usuários, as conexões provindas ou endereçadas a algumas dessas localidades passaram a ser consideradas ligações interurbanas, com os conseqüentes reflexos na tarifação. Não se trata, portanto, de ação de repetição de indébito contra a concessionária, mas de ação civil pública em que se discute a delimitação da área urbana que autorize a cobrança da tarifa interurbana. Nesse segmento, a ANATEL deve atuar como litisconsorte passiva necessária, posto tratar-se de serviço de utilidade pública e a contraprestação do serviço se perfaz com o pagamento de tarifa, cuja modificação e fixação é sempre vinculada à autorização do poder concedente. 3. Deveras, a definição sobre se as ligações locais podem ser cobradas como interurbanas **prescinde de notório interesse da Agência reguladora em prol dos consumidores**. 4. A Constituição Federal, em seu art. 21, inc. XI, dispõe: “Compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Regulamentando o dispositivo constitucional supramencionado, foi publicada a Lei nº 9.472, de 1997 que, ao dispor

sobre os serviços de telecomunicações, **enfatizou o fortalecimento do papel regulador do Estado e o respeito aos direitos dos usuários, in verbis: Art. 19.** À Agência Nacional de Telecomunicações compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, imparcialidade e publicidade, e especialmente. 5. Dissentindo do voto do E. Ministro Relator, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial para reconhecer a legitimidade passiva da ANATEL e, consequentemente, a competência da Justiça Federal para julgar a ação civil pública.

Em que pese a atuação das agências não se limitar, como constou no acórdão, à proteção dos consumidores, e sim do mercado regulado, essa é mais uma decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que se privilegiou a competência das Agências Reguladoras, e a sua capacidade técnica.

CONCLUSÃO

O pluralismo pós-moderno exige uma modelagem de intervenção reguladora que deve ponderar interesses e, desse modo, representar o equilíbrio dos diversos subsistemas. A assunção de atividades econômicas de relevante compromisso social (a exemplo da saúde suplementar) pelo setor privado impõe a regulação por meio de entidades estatais descentralizadas, com amplas funções e conhecimento técnico sobre os setores regulados.

Com a criação de Agências Reguladoras, com relativo grau de independência e autonomia, com corpo técnico com comprovada capacidade e experiência no setor regulado, se pode buscar, com maior chance de êxito, um ambiente de segurança local, demonstração de maturidade política, respeitabilidade externa e atratividade dos investidores nacionais e estrangeiros. Nesse novo contexto, o Poder Judiciário precisa compreender e conviver com a nova realidade regulatória.

Em determinadas situações se reconhece às Agências Reguladoras uma margem de apreciação para exararem atos discricionários puros, de modo que elejam uma dentre duas ou mais soluções corretas, razoáveis, proporcionais e eficientes, na busca dos superiores interesses públicos envolvidos.

Por óbvio, a atuação discricionária das Agências Reguladoras tem limites. Seus atos sempre estão vinculados à lei de sua criação, que dispõe acerca de sua competência, e às políticas públicas traçadas para o subsistema regulado. O desvirtuamento das funções regulatórias representa vício de mérito ou de finalidade do ato regulatório, o que dever combatido e contido pelo Poder Judiciário.

Entretanto, o magistrado não deve perscrutar a interpretação prospectiva do regulador, pois os impactos sistêmicos do ato regulatório ultrapassam a competência técnica jurídica do magistrado. Transferir a função de interpretação dos conceitos fluidos para o Poder Judiciário representa transpor a discricionariedade regulatória técnica da Agência Reguladora para os peritos judiciais.

Nestes termos, se a Agência Reguladora identificar mais de uma possibilidade técnica, igualmente satisfatória, deveria estar vedada ao Poder Judiciário sua anulação, como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, nos casos de inobservância de elementos indispensáveis à conformação do ato regulatório, o magistrado deve remeter o caso ao órgão superior da Agência Reguladora, para nova avaliação dos aspectos que maculam o ato e, assim, proferir nova decisão.

**SÉCULO XXI:
A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E OUTROS
MÉTODOS NÃO-ADVERSARIAIS DE
RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

Tania Almeida

Consultora e Docente em Mediação de Conflitos e em Facilitação de Diálogos. Diretora-Presidente do MEDIARE – Centro de Administração de Conflitos. Professora convidada da Escola de Direito da FGV-RJ para a disciplina de Mediação de Conflitos do Mestrado em Poder Judiciário.

SÉCULO XXI: A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E OUTROS MÉTODOS NÃO-ADVERSARIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS*

Tania Almeida

Introdução

Tenho muito interesse e prazer em localizar as idéias e os movimentos culturais em seu tempo. Dirimir conflitos incluindo a figura de um terceiro entendido como imparcial que atue facilitando o diálogo é idéia milenar. A Mediação de Conflitos, instrumento de negociação que se vale também da figura do terceiro imparcial é, no entanto, uma jovem de pouco mais de trinta anos. À época, ela foi recriada como um processo estruturado de resolução de controvérsias, possuidor de ética e procedimentos próprios.

A demanda de novos instrumentos de negociação ocorrida na segunda metade do século passado deveu-se, também, às fronteiras cada vez mais tênues entre as culturas e os mercados, atributos do mundo globalizado, e à velocidade das mudanças, exigência do avanço tecnológico. Negociações diuturnas de propósitos, propostas e idéias fizeram-se necessárias. Foi natural e consequente o encurtamento da vida média dos produtos e das idéias, assim como das soluções propostas para situações e eventos da vida diária que rapidamente caracterizam-se como desatualizadas.

É nesse cenário transcultural, céleres e de tão grande avanço tecnológico que podemos viver mais enquanto somos igualmente obrigados a criar produtos e soluções de vida média cada vez mais curta para que estes possam ser rapidamente substituídos por outros novos e atuais. Esse é o palco para os MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – MESCs, mecanismos igualmente céleres, capazes de se adaptar às mudanças de cada pequena época e às demandas de diferentes culturas.

(*) Texto revisitado em 2006. Palestra proferida no Seminário sobre MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS da Confederação Nacional do Comércio e publicada em seus anais, 2002.

Sua informalidade lhes permite acompanhar os tempos, sua flexibilidade lhes possibilita articular culturas, sua velocidade de resolução lhes confere sintonia com a necessária rapidez de solução demandada por esse início de milênio. Quando levamos em consideração os elementos desse macrocenário cultural, identificamos quão interessante é contextualizar as idéias com sua época. Elas costumam ser filhas fidedignas de seu tempo e com ele ter coerência.

A Mediação e outros Métodos Não-Adversariais de Resolução de Controvérsias

A proposta da resolução não-adversarial, exigência da convivência globalizada, fez ressurgir a negociação e diversificar seu espectro de atuação. Assim como a negociação uniu-se às teorias da comunicação humana e, posteriormente, a outros pilares teóricos recriando a Mediação na forma como a conhecemos hoje, uniu-se também a outros recursos de administração e solução de desacordos dando origem a instrumentos híbridos de resolução de conflitos. A Arbitragem, a Mediação, a Resolução Judicial e a Negociação compõem os ingredientes básicos dos mais recentes instrumentos em Resolução de Conflitos.

O leque de recursos negociais que hoje conhecemos, possibilitou que nos distanciássemos de escolhas dicotômicas para administrar nossas contendas – Negociação ou Resolução Judicial, Mediação ou Arbitragem – e nos aproximássemos de eleições feitas sob medida para o nosso conflito ou a nossa questão. Adequação do instrumento à contenda é hoje a expressão de ordem quando tratamos de resolução de disputas. O A das ADRs – Alternative Dispute Resolution, no original – já pôde representar o termo Amicable e, mais recentemente, a palavra Appropriate. Quando dispomos de um leque de opções para dirimir nossas contendas podemos pensar em adequabilidade. É como possuirmos dois pares de sapatos e dois ternos, ou alguns pares e alguns ternos.

O Sistema Multiportas de Resolução de Conflitos - Multi Doors System, adotado já por alguns Estados americanos, integra o painel de opções da American Arbitration Association e da Câmara de Comércio Internacional – CCI, entidades renomadas no campo da resolução extrajudicial de controvérsias. Esse sistema oferece recursos customizados, tendo sido alguns deles formatados para atuar preventivamente, resolvendo o conflito durante a sua construção, ou antes dela – resolução em tempo real (just in time resolution).

Refletindo a tendência mundial de personalizar os produtos e a necessidade global de atuar em tempo real ao invés de postergar, estocar (vide os parques industriais das montadoras de automóveis que abrigam seus fornecedores para que sejam alimentadas na exata medida das necessidades de um determinado momento da produção), os métodos de resolução de conflitos guardam consonância com essa época e suas tendências.

Reunindo componentes da Resolução Judicial, da Negociação, da Mediação e da Arbitragem, o Mini-Trial convoca o painel formado por um terceiro imparcial eleito pelas partes e por executivos seniores de empresas em desentendimento e distanciados da questão em tela a analisar a defesa apresentada pelos advogados das empresas em questão. Após a referida defesa, a solução pode advir da negociação direta efetivada pelos executivos integrantes do painel, da Mediação entre eles coordenada pelo terceiro imparcial ou de seu laudo arbitral. Esse processo de resolução admite que as sucessivas tentativas de negociação, segundo a ordem descrita, sejam realizadas ou que haja a eleição de uma ou parte delas, conforme determinem as partes.

Utilizando-se dos norteadores da Perícia Técnica, da Resolução Judicial e da Arbitragem, a Avaliação Neutra de Terceiro (Factfinding / Neutral Evaluation) oferece a possibilidade de auxiliar as partes que pretendem negociar ou resolver judicialmente uma contenda, a conhecerem a tendência da resolução. O parecer técnico, não vinculante, oferecido por um terceiro imparcial eleito pelas partes pode ser utilizado como base para uma negociação direta entre elas, ou para a escolha de um outro método de resolução. Alguns contextos têm convidado Juízes de Direito aposentados para esse lugar de terceiro imparcial.

Os contratos que envolvem múltiplas partes podem valer-se de métodos de resolução de disputas praticados em tempo real e norteados pela expertise de terceiros imparciais, por técnicas de Negociação e de Mediação. Os Review Boards, compostos por um painel de imparciais eleitos pelas partes integrantes de um contrato, acompanham o desenvolvimento de projetos e oferecem possibilidades de resolução para os impasses surgidos durante a sua execução. Na construção civil, esses painéis têm sido denominados de Partnering.

Ainda com relação a múltiplas partes, como é o caso dos conflitos advindos de questões ambientais, a montagem de um processo de resolução que combine diferentes métodos de solução de conflitos pode ser de reconhecida utilidade. Cada vez menos podemos estar presos à idéia de que só existe uma possibilidade de solução para determinada questão, e as questões negociais que envolvem a preservação do meio ambiente são situações-exemplo.

A idéia de atuarmos preventivamente na formação de conflitos fez surgir uma outra possibilidade de resolução em tempo real conhecida como Sistema de Manejo de Conflitos (SMC), instrumento que vem sendo utilizado por algumas empresas. Esses sistemas implicam em mudança cultural na forma de lidar com as diferenças e as desavenças internas e aquelas ocorridas nas interfaces empresariais – relações com os stakeholders. Os SMCs propõem que as diferenças e as desavenças citadas sejam manejadas e administradas dentro dos muros empresariais antes de ganharem exterioridade. Os SMCs atuam como espinha dorsal, atravessando toda a extensão da empresa e contemplando todos os seus segmentos. Convidam os integrantes da empresa, e também seus stakeholders, a tentarem a negociação direta e a Mediação já praticadas na empresa – Workplace Mediation - antes de buscarem os mesmos instrumentos fora dela, deixando a resolução judicial como opção extrema. A idéia dos SMCs está pautada na Mediação, em norteadores de soluções cooperativas e não-adversariais – tal qual a gestão cooperativa - e na co-autoria de decisões.

A Arbitragem integra também o sistema multiportas de resolução de controvérsias e pode estar precedida pela Mediação ou a ela estar formalmente articulada em um processo denominado Med-Arb. A composição Med-Arb pode ser previamente eleita pelas partes, em comum acordo, e solicitar do mediador que arbitre sobre a questão em tela caso a Mediação não possibilite a construção de acordos, ou restem temas por decidir em função de acordos parciais. Esse processo tem sofrido críticas por parte de alguns e suscitado defesa por parte de outros. Os que criticam assinalam a possibilidade de distanciamento da imparcialidade do terceiro imparcial durante a fase de Mediação pelo fato de estar predestinado a atuar como árbitro. Os que defendem ressaltam o fato do processo ser eleito pelas partes e relembram que o terceiro imparcial, por elas escolhido, foi considerado qualificado a ser imparcial na ocupação da dupla função.

Conclusão

A tendência mundial de privilegiar a atitude preventiva e a celeridade na solução de desacordos contribui para que ratifiquemos como negativa e indesejável a experiência da resolução de divergências por meio da litigância. Em seu lugar, o diálogo ganha importância na composição de diferenças. O lugar de destaque dos diálogos somente pôde advir depois que o homem precisou abandonar a idéia de certeza e necessitou tornar tênuas as fronteiras entre as culturas. Ele não pôde mais deixar de olhar o mundo global e sistematicamente e, portanto, não pôde mais abrir mão de soluções e ações cooperativas, sob pena de ameaçar a própria sobrevivência.

Os métodos de negociação de conflitos pautados no diálogo são filhos diletos desse tempo e dessa época e surgem em velocidade coerente com aquela utilizada pelo terceiro milênio para a implantação de mudanças. Eles guardam fidelidade com a ética da convivência das diferenças e chegam para complementar o que já conhecemos nesse terreno e não para competir com o existente.

Aprimoram-se, customizam-se, resolvem as questões no tempo real em que elas ocorrem, previnem a formação de conflitos, diminuem a sua permanência no tempo e a sua reincidência. Assim atuam os métodos de autocomposição de controvérsias recém surgidos no cenário mundial.

A revisão permanente de nossas crenças e das formas habituais de lidar com as situações, além da flexibilidade para rever o antigo e acrescentar o novo, são exigências do século XXI. Até o término da era industrial, o homem tinha que se adaptar aos produtos oferecidos e se contentar com uma demanda maior que a oferta. Hoje, na era do conhecimento, o foco deixa de ser o produto e passa a ser a(s) necessidade(s) do homem. Dentre as suas necessidades contemporâneas está o aprendizado e a prática do diálogo produtivo na composição de diferenças. São imprescindíveis nesse momento os métodos que facilitam e favorecem esse diálogo e buscam a co-autoria responsável pelo que se vive e se proporciona ao outro viver.

É nesse cenário, com esses propósitos e sob essas exigências, que os Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos surgem em nossa cultura.

RAZÕES PARA UM DISCURSO JURÍDICO TRANSDISCIPLINAR:

Para concluir que a ética é imprescindível ao direito

José Ricardo Cunha

Doutor em Direito

Professor da Fundação Getúlio Vargas - Direito - Rio de Janeiro

**RAZÕES PARA UM DISCURSO
JURÍDICO TRANSDISCIPLINAR:
Para concluir que a ética é imprescindível ao direito**

José Ricardo Cunha

Apresentação

“Mas a serpente era o mais astuto de todos os animais da terra que o Senhor Deus tinha feito. E ela disse à mulher: Por que vos mandou Deus que não comêsseis de toda a árvore do paraíso? Respondeu-lhe a mulher: Nós comemos do fruto das árvores, que estão no paraíso. Mas do fruto da árvore, que está no meio do paraíso, Deus nos mandou que não comêssemos, e nem a tocássemos, não suceda que morramos. Porém a serpente disse à mulher: Vós de nenhum modo morrereis. Mas Deus sabe que, em qualquer dia que comerdes dele, se abrirão os vossos olhos, e sereis como deuses, conhecendo o bem e o mal.”¹

A tentação da onisciência e da divinização humana sempre esteve presente na história dos homens. Apesar de ser mediada pela religião e pelo mito na maior parte do tempo histórico, nos últimos séculos esta tentação ganhou poderes especiais e se apresentou como a nova redenção salvadora: a ciência moderna. Transitando entre Deus, homem e serpente, esta ciência, de base positivista, pretendeu o nível absoluto do conhecimento, arrogando para si toda e qualquer pretensão de verdade possível, de maneira a se apresentar como o mais poderoso instrumento de domínio técnico e controle político-ideológico já produzido no mundo moderno. Contudo, cabe o questionamento: em que medida e em que níveis ainda é sustentável o discurso da ciência moderna?

A leitura epistemológica da modernidade sempre se amparou por uma concepção molítica e mecanicista do real, imaginando poder prever relações de causa e efeito e, assim, controlar a natureza e toda a vida

(1) - Bíblia Sagrada, livro do Gêneses, capítulo 3, versículos 1-5.

social. Tempos de perplexidade estes, quando se descobre, paulatinamente, que a ontologia do real não pode ser reduzida a padrões simples e previsíveis. Ao contrário, a complexidade própria do real exige novas formas mais criativas e dinâmicas de se explicar e representar o mundo. Assim, a epistemologia também é revista, de acordo com as novas exigências, produzindo novos conceitos epistêmicos, igualmente criativos e complexos. Por isso, ontologia e epistemologia estão visceralmente imbricados e, mudando a compreensão da primeira, também deve-se mudar a compreensão da segunda. No momento atual, parece haver um significativo esforço para uma revisão das teorias deterministas que influenciaram a produção de conhecimento em todas as áreas. Do ponto de vista jurídico, não resta dúvida de que o direito é um fenômeno que brota do seio da sociedade e de suas relações históricas, emergindo como espaço dialógico na mediação de interesses diversos. Nesse sentido, entendê-lo de maneira determinista e isolada, em verdadeiro ostracismo, seria um sério equívoco que poderia condená-lo à esquizofrenia. Acaso ocorresse tal coisa, os juristas perderiam sua capacidade de diálogo com o mundo e a legitimidade do direito estaria seriamente afetada. De efeito, refletir sobre os fundamentos epistemológicos que explicam a ontologia jurídica e sustentam as relações que o direito estabelece com outras áreas de conhecimento e com o mundo da vida em geral é tarefa não apenas procedente como, também, precedente, constituindo-se como verdadeiro ponto de partida, ou até mesmo pressuposto do entendimento epistemológico da matéria.

Para um melhor desenvolvimento do tema, será adotado o seguinte sumário:

1. O conhecimento do direito;
2. O direito como conhecimento; e
3. Limites e possibilidades da interdisciplinaridade e da transdisciplinaridade.

1. O Conhecimento do Direito

Sendo o objeto da Ciência do Direito o Fenômeno Jurídico e este um produto social-histórico, o conhecimento do direito necessariamente deve acontecer de maneira ampla, como uma visada que se estende sobre o todo e comprehende esta dimensão de totalidade como aspecto

metateórico do próprio conhecimento do direito, ou do conhecimento de maneira geral. Isso não significa que não se possa e, até mesmo, não se deva orientar estudos específicos. Porém, uma compreensão real da experiência jurídica não é compatível com uma visão absolutamente compartmentalizada do direito e o chamado *raciocínio jurídico* implica num trânsito sistemático onde o cientista ou operador jurídico é capaz de, concomitantemente, estabelecer seus recortes de observação e análise e compreender o todo contextual onde se insere seu objeto.

Tal amplitude de visão sobre um determinado conhecimento, não tem somente função heurística, mas também prático-operativa, na medida em que propicia ao jurista a possibilidade de uma opção mais lúcida e crítica na linha ou corrente de pensamento jurídico onde pretende filiar-se e fazer produzir, dali, as consequências de suas posturas. A palavra *crítica* é tomada aqui no sentido que lhe confere Fichte, ou seja, como a recusa em aceitar que não há nada novo sob o sol. Conhecer o direito nesta perspectiva, significa conhecê-lo criticamente, e o conhecimento crítico implica na negação da unidade metafísica que reduz tudo ao um, rejeitando a diversidade e a complexidade que marcam e conformam os diversos planos de imanência, ou, por que não dizer, a própria vida. Ora, esse vitalismo compreendido no direito significa uma saudável desconfiança epistemológica que rejeita o projeto monista que quer nos fazer crer que há apenas uma concepção ou entendimento corretamente possível acerca do direito, quando o que verdadeiramente há são concepções ou entendimentos provisoriamente hegemônicos.

A diversidade e as vicissitudes são inerentes a todas as ciências, especialmente ao direito, na medida em que este não se realiza nas mudanças da natureza, portanto numa relação de causa/efeito, mas sim como obra do espírito humano, portanto numa relação de meio/fim. As finalidades e metas traçadas e perseguidas pelos homens são inúmeras, abrindo radicalmente a existência humana ao devir, numa miríade de mundos possíveis. Sendo assim, o direito também forçosamente abre-se em radical devir, noutra miríade de mundos possíveis. Trata-se de um movimento intrínseco às ciências sociais que no direito manifesta-se no dinamismo do próprio ordenamento jurídico, fazendo com que seus conceitos sejam constantemente ressignificados nas teias complexas de cada situação concreta. É fundamental compreender que é, justamente,

esta processualidade radical que se opera no interior do direito, fazendo-o abrir, explodir, suas fronteiras para uma metalinguagem – campo próprio da hermenêutica – e para uma inevitável interdisciplinaridade. Por outro lado, deparamo-nos com a questão da capacidade do discurso jurídico em suportar, com certa autenticidade, essas relações com outros conhecimentos. Para enfrentar tal ponto, será visto o direito como campo próprio do conhecimento.

2. O Direito Como Conhecimento

É curioso notar como o direito sempre foi, afirmam os sociólogos contemporâneos, um dado estruturante de todas as sociedades; ou seja, não se tem registro histórico de uma sociedade que não tenha produzido algum tipo de direito, de regulação jurídica, independentemente da instituição de Estado. Todavia, até o advento da modernidade, o direito sempre esteve *con-fundido* com outras dimensões da vida cultural, tais como a religião, a moral, a filosofia e a política. Foi, portanto, a moderna acepção de ciência que instaurou de maneira clara e decisiva as fronteiras delimitadoras do direito, na medida em que o constituiu como objeto do conhecimento científico, ou ele mesmo como uma ciência que, como todas as demais, goza de legitimidade não apenas por sua função social, mas também pela pretensão de verdade que carrega consigo. Desse momento em diante tornou-se impossível falar das relações do direito com outras ciências, sem refletir sobre seu próprio estatuto de científicidade.

Na busca dos grandes acontecimentos que propiciaram a ruptura da modernidade em relação ao período anterior, Hannah Arendt² irá apontar, dentre outros fatos, a invenção do telescópio como momento marcante e decisivo do advento moderno, simbolizando seu maior marco.

Conta-nos o relato mais corrente da história que Galileu foi perseguido e condenado pelos Tribunais do Santo Ofício da Igreja Católica por ter afirmado que não era o sol que girava em torno da Terra, mas, ao contrário, era a Terra que girava em torno do sol. Entretanto, esta afirmação não era exatamente nova, pois Copérnico já havia dito exatamente o mesmo. Sendo assim, qual a diferença do primeiro para o

(2) - Cf. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, pp. 260-285.

segundo? Trata-se do fato de Galileu ter provado através do telescópio esta afirmação. Assim, o telescópio, ou melhor, a ciência moderna, efetuou uma decisiva mudança no lugar da verdade, deslocando seu eixo das fundamentações metafísicas da religião ou mesmo das especulações filosóficas para seus próprios supostos epistemológicos e princípios racionalistas e/ou empiristas.

No mesmo compasso do banimento do teocentrismo, uma nova racionalidade científica assumiu o controle da humanidade, tendo, no centro, preocupações epistemológicas, tais como: a) o que pode ser conhecido ? (*objeto*); b) quem pode conhecer ? (*sujeito*); c) como se pode conhecer ? (*método*). Enquanto a física respondia tais questões na prática, a filosofia refletia sobre elas. Dessa maneira deu-se o marco kantiano de todas as ciências. Afirmou Kant³ que todo o conhecimento científico ocorre numa relação entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, cabendo ao primeiro a função ativa do conhecimento e ao segundo uma função passiva. De efeito, não se falou mais somente em “áreas” de conhecimento, mas também em “objetos” do conhecimento. A idéia geral de *Ciência* passou a corresponder a um processo sistemático e fundamentado de conhecimento e as *ciências* passaram a corresponder às áreas específicas do conhecimento, cada qual com seu objeto devidamente delimitado.

Nessa relação entre sujeito e objeto é que a ciência encerra sua pretensão de verdade. Daí que, especialmente no século XIX, houve uma verdadeira corrida de todas as áreas do saber (exceção da filosofia) em busca do seu objeto e estatuto próprio de científicidade, tendo como referência básica, a física. Esse movimento foi chamado por alguns autores de *fisiçismo*, exatamente por colocar a física como modelo para todas as ciências, levando, de roldão, os supostos metateóricos e metodológicos que se entendiam adequados ao estudo da natureza. Ainda quando se admitiu a existência de ciências que tinham como objeto os fenômenos sociais-históricos, como o direito, procurou-se assegurar um método que garantisse a mesma confiabilidade e previsibilidade das chamadas ciências “exatas”. Para tanto e partindo da premissa que o conhecimento científico opera num processo indutivo/dedutivo, o método científico pressupõe a

(3) - Cf. KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura* in Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p.12.

imprescindibilidade da especificação dos objetos de estudo. Dito em outras palavras, trata-se de recortar a realidade para delimitar um objeto de análise, lembrando que quanto mais específico for este objeto, supõe-se mais preciso e exato o conhecimento produzido.

Aqui, parece ficar mais claro o nosso problema: as relações entre as diversas áreas de conhecimento se encerram, formalmente, na delimitação do objeto, restando, apenas, uma comunicação instrumental. Admite-se uma cooperação mútua entre as ciências, desde que permaneçam intocados os respectivos objetos. Em situações extremas, chega-se mesmo a desqualificar o discurso daquele que não é reconhecidamente um especialista da área. Confunde-se o domínio do instrumental técnico de uma área com o seu conhecimento epistemológico, onde reside a pretensão de verdade da ciência.

Vejamos que isso é, exatamente, o que parece acontecer no direito contemporâneo. A idéia de uma “Ciência do Direito” ou “Ciência Jurídica” é imprescindível para garantir e reforçar o espaçamento simbólico-concreto de um conhecimento que só é dado aos iniciados nas técnicas do mundo jurídico. Estes seriam os cientistas aptos a descobrirem a verdade epistemológica do direito e, por conseguinte, a operarem sua técnica restrita. É bem verdade que houve uma inversão instrumental deste processo e aquilo que chamei de “verdade epistemológica do direito” não é tão estudado e debatido como as suas técnicas operativas que, hodiernamente, parecem estar mais em voga. De qualquer forma, a idéia-chave de *ciência* permanece legitimando o estudo do direito. Não se afigura como obra do acaso que em muitos cursos jurídicos a cadeira Introdução ao Estudo do Direito seja ministrada com o emblemático nome de Introdução à *Ciência* do Direito, não obstante haja portaria do MEC regulamentando o primeiro nome como oficial.

Embora subjaza na realidade uma intensa complexidade que estabeleça um sem número de conexões formando planos de significações que se comunicam e influenciam reciprocamente, o estudo mais superficial desta mesma realidade alcança somente um plano epidérmico onde as relações são mais frágeis. Neste nível os objetos de estudo permanecem mais facilmente ilesos mantendo, inclusive, uma aparente autonomia em relação aos demais. Assim, ao estudante de direito, já no início do curso, é apresentada a ciência do direito e seus diversos ramos, distinguindo-a

de tudo o que, supostamente, não é direito; com especial preocupação para a moral e seus critérios distintivos do direito. Assim sendo, vão se definindo certas relações do direito com outras áreas, desde que respeitado o objeto. Inocentes relações de “cooperação”, por assim dizer. A ciência da criminologia auxilia o direito penal, a psicologia auxilia o direito de família, a ciência política auxilia o direito constitucional etc.

Quando esta auto-suficiência chega a níveis extremados, as fronteiras se fecham numa verdadeira xenofobia epistemológica, negando-se a processualidade e complexidade intrínsecas ao direito e à ciência. O realidade jurídica é confinada em padrões lógico-formais, convolando a ciência do direito em dogmática jurídica. Embora esta expressão seja discutível e tenha interpretação variável entre os autores, já é, certamente, reveladora, pois *dogma* é o que não se questiona, simplesmente se aceita. De maneira muito geral, dogmática jurídica parece designar um núcleo duro e intocável do direito, geralmente associado à técnica jurídica, que não se deixa interpenetrar por nenhum outro tipo de conhecimento. De um certo ponto de vista, a dogmática pode ser ligada ao padrão jurídico de *decidibilidade*, dando garantias de que o direito, enquanto técnica de regulação social, é capaz de compor conflitos chegando à solução de suas demandas. Nesse caso, a dogmática não parece, a princípio, intrinsecamente ruim ao direito e à sociedade. O problema ocorre quando se questiona se as soluções de conflitos perpetradas pela regulação jurídica atinge níveis satisfatórios ou razoáveis para a própria sociedade. O peso e a real dramaticidade de tal questionamento, costuma conduzir certos juristas a uma posição defensiva, geralmente entrincheirada no conceito último da dogmática que acaba por desempenhar dupla função: num primeiro momento justifica o corpo das soluções jurídicas questionadas como aquelas adequadas à técnica do direito; em segundo lugar desqualifica o próprio questionamento alegando o descabimento do pensamento reflexivo ou problematizante no campo dogmático. Dessa maneira, a dogmática é uma espécie de metáfora da dispersão do pensamento, que se apresenta como verdadeiro desafio para os juristas e epistemólogos em geral. Uma das linhas de reflexão que se debate contemporaneamente sobre esta questão é, exatamente, quanto aos vasos comunicantes que marcam a realidade e, por conseguinte, o conhecimento científico. Nesse sentido, os padrões monocórdicos que caracterizaram,

por tanto tempo, diversas áreas do saber, cedem espaço para a polifonia de um novo padrão epistemológico, marcado pela complexidade, dinamismo e liberdade. Nesse sentido falar-se em interdisciplinaridade e transdisciplinaridade.

3. Limites e Possibilidades da Interdisciplinaridade e da Transdisciplinaridade

Como foi dito, o direito e as demais “ciências” devem ser tomados a partir de uma profunda capacidade de diálogo para que se sustentem sobre bases socialmente e epistemologicamente legítimas. Se com o diálogo a crise sempre caminha à espreita, sem o diálogo ela é inevitável. Daí não me parecer coincidência que, no pensamento jurídico brasileiro, o discurso da interdisciplinaridade tenha tomado força no mesmo período em que se falava de “crise do direito”. Parece que a interdisciplinaridade, em alguns momentos, é apresentada como uma espécie de alternativa para esta crise, o que não é mal, mas confere certa opacidade ao entendimento próprio da interdisciplinaridade, na medida em que esta deve ser considerada constitutiva do estatuto epistemológico do direito. Em outras palavras, pretendo assinalar que a interdisciplinaridade não pode ser reduzida à condição meramente instrumental e pragmática de “saída da crise”, para, depois de resolvido o problema voltar-se para o aconchego do isolamento. A interdisciplinaridade é, então, um princípio para a ciência.

Como princípio estruturante do pensamento científico, a interdisciplinaridade orienta a produção do conhecimento de maneira dialógica, para que este tenha condições de captar, de forma não mutilante, a pluralidade de sentidos dos diversos objetos de estudo, nos seus respectivos contextos históricos. É isso que confere à ciência legitimidade para pronunciar discursos enunciativos do real, pois, caso contrário, podemos afirmar, com Adorno e Horkheimer⁴, que o discurso científico torna-se mítico, apresentando a ciência como algo que se “automove” com seus próprios critérios e símbolos internos.

(4) - Cf. ADORNO, Theodor & HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, pp. 81-112.

No direito, este problema epistemológico, está no centro do debate entre diversos autores contemporâneos que defendem concepções distintas e muitas vezes antagônicas do fenômeno jurídico. Não se trata, apenas, da antiga polarização entre direito natural e positivismo jurídico, mas sim das diversas correntes explicativas da teoria jurídica, tais como o normativismo (Kelsen), o realismo (Ross), o positivismo analítico (Hart), a hermenêutica concretista (Hesse), a tópica (Viehweg), o raciovitalismo (Siches), o tridimensionalismo (Sauer, Reale) etc. Parece ser especialmente interessante, a título de exemplo, a radical reação do realismo jurídico escandinavo na versão de Alf Ross, que repousa a legitimidade e a eficácia da norma jurídica não em critérios lógico-formais, internos ao direito, mas sim na sua aceitação social, fundindo os conceitos de validade e eficácia. Para Ross, só é válida a norma eficaz, ou seja, aquela que encontra correspondência nas condutas concretas da comunidade social. Por isso mesmo, chega a falar em *aceitação psicológica* da norma.⁵

Pode-se afirmar que após um período mais duro de influência de um positivismo mais radical que pretendeu transportar para o direito (de várias formas) os ideais máximos de controle, previsibilidade, determinismo etc., buscando uma espécie de “física jurídica” (da mesma maneira que Durkheim pretendia uma “física social”) já se admite a impossibilidade de tais ideais que funcionaram muito mais como postulados ideológicos, a serviço do conservadorismo, do que como referências epistemológicas. Assim, a interdisciplinaridade já se constitui em índole da teoria jurídica, potencializando a ciência do direito. Afinal, como falar em fenômeno jurídico sem dialogar com a antropologia, a sociologia e a psicologia? Como falar em norma e justiça sem dialogar com a moral e a ética?

Na esteira da interdisciplinaridade, tem surgido outro debate: acerca da transdisciplinaridade. Certos cientista e filósofos, estudiosos da epistemologia, tem afirmado que a interdisciplinaridade, na prática, não passa de mera justaposição de objetos de estudo, o que não permite nenhum avanço concreto do conhecimento. Nesse caso, apenas manter-se-ia a relação instrumental de auxílio de uma disciplina a outra. Em resposta a tal situação propõem uma atitude mais radical: não apenas a comunicação

(5) - Cf. PATTARO, Enrico. *Elementos Para Uma Teoria del Derecho*. Mdríd: Editorial Debate, 1991, p. 237-238.

entre as ciências, mas a partilha dos objetos de conhecimento. A essa *confusão* de objetos denomina-se transdisciplinaridade, como esse movimento onde as disciplinas se perpassam reciprocamente, em absoluto dinamismo. Por essa concepção, o objeto é sempre múltiplo e somente a sua captura momentânea esforça-se para compreendê-lo por um certo prisma, mas este prisma nunca poderá ser desvinculado de outras dimensões constitutivas do objeto, sob a pena de mutilação do conhecimento.

Um dos embasamentos da transdisciplinaridade é o reconhecimento de que a realidade é complexa se apresentando, por conseguinte, com fenômenos complexos. Autores como Edgar Morin, Ilya Prigogine, Henry Atlan e Cornelius Castoriadis têm sustentado, em distintas áreas do saber, essa perspectiva da complexidade. Este novo paradigma rompe com o velho modelo mecanicista, na medida em que afirma que os acontecimentos não são produzidos por simples relações de causalidade e que, ocultadas sob o fenômeno, existem diversas conexões que atuam sobre ele. O fato de tais conexões serem invisíveis não quer dizer que elas não existam, como imagina a consciência ingênuia. Estas conexões múltiplas produzem diversos planos de significados que estão ligados de maneira infinitesimal, onde início e fim se convertem em mero recurso de abstração para suportar uma condensação tamanhamente radical. Evidentemente os discursos explicativos buscam delimitações, mas não para enunciar o objeto propriamente dito e sim para ganhar o mínimo de inteligibilidade. O tempo da mansidão do controle absoluto já se foi.

A transdisciplinaridade reconhece que todos os objetos estão, de alguma maneira, interligados e que estudos isolados são insuficientes para compreendê-los. Assim, o conhecimento readquire perspectiva holística e essa transfusão de objetos torna-se inevitável, pois a realidade mesma é compreendida como um grande e complexo sistema. Assinalese que esse conceito de sistema⁶ tem tido razoável repercussão na epistemologia jurídica, sobretudo no trabalho de Niklas Lühman que enfatizou o caráter sistêmico do direito, aliás, caráter de subsistema articulado com outros subsistemas e o sistema social maior. Outro professor

(6) - Cf. LUHMANN, Niklas. *A Nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997; LUHMANN, Niklas. *Por que uma 'Teoria dos Sistemas'?* in *Dialética e Liberdade*, Ernildo Stein & Luís A. de Boni (org), Petrópolis: Vozes, 1993.

alemão, Claus Canaris⁷, fala no direito como *sistema aberto*, mostrando que é característica do sistema jurídico a mutabilidade de suas categorias e variáveis, como característica mesma da ciência do direito, na medida em que seu objeto é um fenômeno histórico e, portanto, mutável. Tal mutabilidade, como condição de sua historicidade intrínseca, precipita da complexidade do fenômeno jurídico e de suas inflexões sobre outras dimensões constitutivas do real, bem como do movimento inverso. Esta *abertura* do sistema jurídico, que atualiza seus valores e o mantém vivo e são, é que impede a senilidade da ordem jurídica, mantendo-a capaz de efetuar eficazmente a regulação social. No entanto, não poder-se-ia falar em abertura sem considerar a interdisciplinaridade ou transdisciplinaridade como supostos metateóricos da ciência e da ciência do direito.

Não me parece haver nenhuma dúvida de que toda essa idéia de abertura dialógica como critério epistemológico fundante, possibilitada no discurso da interdisciplinaridade ou transdisciplinaridade trata-se, em última instância, da recuperação da alteridade como valor e princípio supremo, pois reconhece e admite a figura do outro, não apenas como presença ou existência, mas como marco constitutivo da própria identidade. Dito de outra forma, significa asseverar uma relação, mais ou menos aparente, de interdependência entre os diversos entes, sendo tão radical esta relação de reciprocidade que um ente não seria o mesmo sem a presença do outro, de tal maneira que este pode ser considerado constitutivo daquele. Isso torna todas as identidades cambiantes e provisórias, mas não impede que elas existam. Assim sendo, é possível falar em disciplinaridade e, por isso mesmo, em ciência do direito ou outra área de conhecimento qualquer, mas jamais se poderia isolar uma disciplina de outra, como um ente de outro, como uma pessoa de outra. Dá-se de tal maneira esse processo complexo e interativo que devemos considerar que no plano ontológico o que existe real e concretamente é a interdisciplinaridade ou transdisciplinaridade, sendo a disciplinaridade apenas um recurso da razão abstrata para buscar inteligibilidade para seus conceitos e enunciados.

(7) - Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ADORNO, Theodor & HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- CASTORIADIS, Cornelius. *A Instituição Imaginária da Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura* in Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- LUHMANN, Niklas. *A Nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997; LUHMANN, Niklas. *Por que uma ‘Teoria dos Sistemas’?* in *Dialética e Liberdade*, Ernildo Stein & Luís A. de Boni (org), Petrópolis: Vozes, 1993.
- PATTARO, Enrico. *Elementos Para Uma Teoria del Derecho*. Madrid: Editorial Debate, 1991.

SISTEMAS DE GESTÃO: SÃO NECESSÁRIOS AO JUDICIÁRIO?

Mauriti Maranhão

Mestre em ciências, engenheiro e estatístico. Consultor da equipe da FGV Projetos no Projeto de Modernização e Gestão do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro.

SISTEMAS DE GESTÃO: SÃO NECESSÁRIOS AO JUDICIÁRIO?

Mauriti Maranhão

Persio Arida, Edmar Bacha Lisboa e André Lara Resende¹, os formuladores do Plano Real, definem **incerteza jurisdiccional** como “*distorção de natureza institucional que impede a existência de um mercado de crédito de longo prazo no país, bem como a queda da taxa de juros para níveis internacionais*”.

Ao analisar o impacto das instituições sobre a economia brasileira, o economista Vinod Thomas² definiu: “*Governança é um termo amplo e abrange todos os modos de exercício da autoridade visando o bem comum. A governança é composta por diversos elementos - participação, responsabilidade, oferta de serviços, marco regulatório, Estado de direito e controle da corrupção*” e comenta que o Judiciário é o principal ator das atuais falhas de governança no País.

O mesmo autor afirma que “*A proteção ao cumprimento de contratos também é mais deficiente no Brasil. São necessários 16 procedimentos e 380 dias para solucionar uma disputa contratual, comparado a 15 procedimentos e 210 dias em Taiwan, e 16 procedimentos em 183 dias na Irlanda. Um tempo menor para judicialmente executar um contrato permite que as firmas operem com maior flexibilidade, facilitando, por exemplo, as subcobratações em Taiwan, o que possibilita às grandes companhias repassar trabalhos para as micro e pequenas empresas*”.

Com base nesses dois relatos, e em várias outras fontes confiáveis, a incerteza jurisdiccional tem sido apontada como um dos grandes entraves ao desenvolvimento do País. De forma simplista, a incerteza juridicional, tal como definida, denota ser consequência de dois grandes conjuntos de causas: a legislação vigente, analisada no artigo dos formuladores do Plano Real e a gestão no Judiciário. Alguns magistrados atribuem, em ordem de grandeza, metade de responsabilidade para cada um desses conjuntos causais.

(1) Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: Conjectures on the Case of Brazil - Instituto de Estudos de Política Econômica, Casa das Garças, Rio de Janeiro, Brazil.

(2) O Brasil Visto por Dentro, Vinod Thomas, Editora José Olympio, 2005.

Este artigo, diz respeito à metade (quem sabe, a “metade maior”) das causas da incerteza jurisdicional no país, aquela especificamente decorrente da forma mais usual de gestão praticada no Judiciário. Seria injusto não reconhecer os ingentes esforços de alguns setores, que têm conseguido expressivos avanços, com a adoção de práticas mais atuais de gestão. Os líderes que os conduzem têm todos os méritos e a coragem pertinentes aos desbravadores, transformando ou quebrando paradigmas seculares, muitos deles herdados da intrincada burocracia portuguesa do século XIX³.

Com base nos indicadores nacionais disponíveis, ainda incipientes, não se pode deixar de reconhecer que a situação geral da gestão no Judiciário apresenta-se como questionável, a requerer transformações urgentes, profundas e abrangentes.

A intenção do autor é submeter à reflexão de magistrados e servidores do Judiciário, bem como da sociedade em geral, com humildade e sincero propósito, um caminho que pode trazer benefícios à redução da incerteza jurisdicional supra-comentada.

Dos primeiros, magistrados e servidores, espera-se perseverança na adoção de métodos de gestão organizados segundo **sistemas de gestão** em suas respectivas unidades organizacionais, com o fim de prover aos executores as referências documentais para a realização adequada de suas atribuições, daí decorrendo a desejada satisfação dos usuários.

Da sociedade espera-se o estabelecimento e o aprimoramento contínuo, em termos firmes mas apropriados, de exigência por prestação jurisdicional eficaz e eficiente, no pressuposto de que o resultado de uma atividade é consequência direta do grau de exigência do respectivo usuário, o fiscal; é dessa relação - (qualidade de entrega do serviço) / (grau de exigência) - que se cristalizam a longo prazo **círculos virtuosos** ou **círculos viciosos**, este último quando o grau de exigência do usuário é baixo.

Diante da grande exposição do Judiciário na mídia, nem sempre com citações edificantes e, não raro, injustas⁴, cabe formular uma pergunta:

(3) Patrick Wilckens retrata, com simplicidade e rigor, essa complicada herança, relatada no livro Império à Deriva, Ediitora Objetiva, 2005.

(4) O cidadão comum, provido de formação e informação precárias (algumas estatísticas revelam que cerca de 2/3 da população tem analfabetismo funcional) é incapaz de distinguir a função das instituições responsáveis pelo sistema judicial (delegacias judiciárias, Ministério Público, Judiciário e sistema prisional), verbalizando que a “justiça” no País não funciona.

Qual é a prioridade em prover **sistemas de gestão**
nas unidades organizacionais do Judiciário,
jurisdicionais ou administrativas?

À primeira vista, poder-se-ia pensar que, em face de tantas questões urgentes e importantes presentes no dia-a-dia, tanto de unidades jurisdicionais quanto de apoio administrativo, alocar energia sob o tema **sistemas de gestão** poderia representar falta de foco, desperdício ou sonho de teóricos. Alguns têm dito que se trata de loucura, modernismos e, acredite-se, coisa do FMI e do Banco Mundial. Lamentavelmente, a expressão **sistemas de gestão** ainda constitui expressão abstrata, árida e fluida para a grande maioria de magistrados e servidores do Judiciário.

Todavia, sob um ponto de vista mais cuidadoso, muito provavelmente a questão colocada não tem uma resposta tão trivial; muito provavelmente, a resposta pode mostrar-se surpreendente, em face do desconhecimento de prática tão indispensável à gestão pública.

Para tentar responder à questão apresentada, veja-se inicialmente o que significa **sistema de gestão** para os não-iniciados. De forma simples, pode ser conceituada como um “**conjunto de elementos para dirigir e controlar uma organização**”. Nesse caso, **dirigir** tem o sentido de conduzir a organização, todavia sem qualificar o resultado obtido; a direção pode ser, *in extremis*, competente ou desastrosa. Similarmente, **controlar** tem o sentido de, mediante a disponibilidade de informações adequadas ou **indicadores**, conduzir a organização conscientemente a um rumo desejado e previamente planejado.

Voltando à questão formulada - conveniência e oportunidade de sistema de gestão no Judiciário -, cabe questionar se as dificuldades enfrentadas hoje pelo Judiciário são inevitáveis ou, como aqui procura se mostrar, se são apenas consequências de falhas na gestão, decorrentes da ausência de utilização de **sistemas de gestão** como método racional.

É bastante comum o aforismo “prevenir é melhor que remediar”. A sabedoria popular traduz um dos elementos básicos de **sistemas de gestão**,

a necessidade de planejamento⁵. Em outras palavras, é sempre melhor e muito mais barato planejar do que consertar os erros decorrentes. O conceito de planejar implica o entendimento da escolha correta entre “pensar antes de agir” e “agir antes de pensar”. Em sentido amplo, essa escolha pode decidir entre o **desenvolvimento** e o **atraso**: organizações desenvolvidas planejam antes de agir; organizações atrasadas agem antes de pensar. Essas, paradoxalmente, uma vez que têm poucos recursos, pagam um preço elevado pela má escolha; resta-lhes, como alternativa mais provável, manterem-se atrasadas, em face de não disporem de recursos para fazer investimentos. A experiência mostra que a “natureza é pródiga, mas não faz concessões”: a colheita reflete a qualidade da plantação.

Exemplifica-se com uma das inúmeras possibilidades concretas que o Judiciário nos oferece para avaliar o impacto de empregar ou não **sistemas de gestão**. Fixemo-nos no começo de tudo: o equilíbrio entre a oferta e a demanda da jurisdição, representada pela distribuição de casos novos.

Quando um tribunal planeja a sua demanda⁶, é capaz de preparar-se para atendê-la, com a tranquilidade que a antecedência de planejamento lhe permitir. Ressalvadas condições extraordinárias, em princípio terá condições de melhor se organizar, aquele que melhor se planejar. Caso haja indícios fortes de crescimento da demanda, há que se prever, pelo menos:

- contratação, formação e capacitação da equipe (magistrados e servidores);
- tempo e recursos para a construção ou a locação de instalações de novas serventias;
- demais recursos (computadores, sistemas, rede de dados, materiais etc.).

(6) O texto refer-se à circunstância na qual o planejamento da demanda é decorrente de projeções de série histórica; exclui-se dessa afirmação a demanda, explosiva ou fortuita, gerada por causas novas ou desconhecidas, cujo controle transcende à governabilidade do Judiciário.

(5) O método básico da gestão é o P-D-C-A, as quatro fases de qualquer atividade: **planejar** (antes de iniciar), **executar** (o que e como foi planejado), **controlar** (verificar se o resultado da execução corresponde ao que foi planejado) e **atuar corretivamente** (corrigir os eventuais desvios entre planejamento e execução).

Com isso torna-se possível evitar ou limitar o congestionamento de ações no Judiciário, condição que de outra forma dificilmente deixará de ocorrer, como consequência da dificuldade de enfrentar, sem as ferramentas apropriadas, o inevitável acúmulo de processos.

Muitos poderão dizer que essa forma de trabalhar somente seria viabilizada com a disponibilidade de recursos, em geral inexistentes naquele momento. Todavia, é razoável dizer que também a disponibilidade de recursos será proporcional à capacidade de planejamento da organização. Não é raro uma organização aplicar recursos com extrema ineficiência ao final de exercícios, em face da possibilidade de ter reduzidas parcelas de orçamento não-executado, decorrente da fragilidade de planejar as necessidades. Mais uma vez se aplica a máxima “é melhor prever do que remediar”.

Analisemos uma das consequências da baixa capacidade de planejar no Judiciário, condição que se tem mostrado recorrente: quanto o referido congestionamento, anteriormente mencionado, custará para o jurisdicionado, para o Judiciário e para a sociedade?

Além dos custos diretos, que trazem enorme impacto negativo tanto para a economia quanto para o bem-estar da sociedade, há que se considerar os **custos de oportunidade**. Estes são custos, em geral escondidos, decorrentes da impossibilidade de realizar outras coisas, em face da falta de solução aos conflitos represados.

Um dos mais expressivos custos de oportunidade refere-se às consequências da incerteza jurisdicional, anteriormente mencionada.

Em que medida a implementação de sistemas de gestão poderia contribuir para melhorar esses e outros resultados do Judiciário? Antes de tentar responder a essa questão, façamos uma síntese do que são e para que servem ao Judiciário os **sistemas de gestão**.

Com o fim de facilitar a compreensão do assunto, apresentemos as bases de um sistema de gestão, desdobrado nos seus cinco elementos-chave:

ELEMENTO (*)	FINALIDADE
1. Alicerce ou esqueleto	<ul style="list-style-type: none"> • esclarecer e documentar a visão de conjunto, o arcabouço da gestão; • estabelecer as fronteiras ou a abrangência do sistema, bem como os cuidados essenciais com a documentação (controle de documentos e de registros).
2. Estratégia, responsabilidade, autoridade e comunicação	<ul style="list-style-type: none"> • estabelecer as intenções de futuro da organização (política, objetivos, indicadores e metas de natureza estratégica); • estabelecer as relações de poder e de autoridade; • estabelecer o processo de comunicação interna; • estabelecer o arranjo de decisões.
3. Recursos	<ul style="list-style-type: none"> • prever a capacitação das pessoas, necessidades de instalações, equipamentos, ferramentas e ambiente de trabalho.
4. Transformações	<ul style="list-style-type: none"> • pormenorizar a forma de execução das atividades (processos de trabalho); • definir as interfaces entre as atividades; • documentar o que for essencial.
5. Medição, análise e melhorias	<ul style="list-style-type: none"> • obter os números que representam os resultados de todas as atividades; • realizar as análise decorrentes e prepará-las para a tomada de decisão consistente.

(*) Esses elementos constituem-se em síntese dos requisitos estabelecidos, respectivamente, nos capítulos 4, 5, 6, 7 e 8 da NBR ISO 9001:2000.

Adequadamente implementada, essa estruturação permitirá ao gestor planejar suas ações e ter domínio sobre a execução do respectivo planejamento. O domínio é obtido mediante os indicadores de pontos críticos dos processos de trabalho (os “gargalos”), habilitando-o a tomar as melhores decisões.

O modelo apresentado para sistemas de gestão tem base na norma internacional NBR ISO 9001:2000. Foi aqui escolhido em face de ter aceitação universal (praticamente todas as economias do mundo)⁷, está substancialmente experimentado (mais de 600.000 certificados emitidos), é simples, consistente e completo. Há outros modelos para sistemas de gestão; todavia, por uma questão de racionalidade, todos possuirão a mesma base do modelo ISO.

(7) Informações pormenorizadas sobre sistemas de gestão NBR ISO 9001:2000 poderão ser obtidas na obra ISO série 9000 - Manual de Implementação. Mauriti Maranhão, Editora Qualitymark, 8^a edição, 2006.

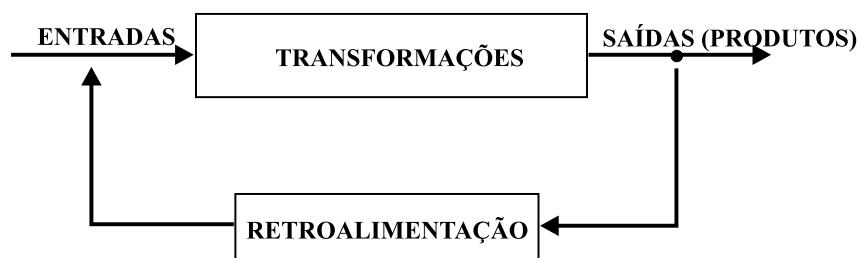
O modelo de pilotagem de aviões pode ser uma analogia simples à gestão de qualquer organização, inclusive daquelas do Judiciário. O piloto de um avião necessita ter um bom alicerce de trabalho (o manual do avião), tem a sua estratégia definida (o seu plano de vôo), os recursos (o avião, a equipe, os sistemas), as transformações (diferentes rotinas de vôo, combustível, comunicação etc.) e os indicadores (instrumentos de bordo). Gerindo adequadamente o seu sistema de gestão, o piloto tem boas chances de chegar ao destino na hora planejada (ser eficaz), com segurança e com o mínimo consumo de combustível (ser eficiente).

Aplicemos o exemplo do piloto ao funcionamento de uma Vara qualquer:

- **Alicerce:** o Manual de Gestão, Manual da Qualidade ou Documento Estratégico (o nome não é relevante), legislação, jurisprudência, normas etc.;
- **Estratégia,** responsabilidade, autoridade e comunicação: missão, visão, objetivos e metas, organograma e atribuições, método de decisão e de comunicação com a equipe;
- **Recursos:** pessoas capacitadas, instalações, computadores, sistemas, serviços indispensáveis etc.;
- **Transformações:** métodos estabelecidos para as diferentes atividades realizadas (autuar, processar, atender ao público no balcão etc.);
- **Medição, análise e melhorias:** dispor de indicadores necessários e suficientes ao conhecimento preciso do que está acontecendo e que permitam subsidiar a tomada de decisões consistentes.

Os especialistas em gestão tendem a identificar a generalidade de funcionamento das organizações por sistemas, tal como para os organismos vivos. A figura mostra o conceito de funcionamento dos sistemas.

DIAGRAMA ELEMENTAR DOS SISTEMAS



A essência é que todos os sistemas e organizações têm entradas (petições, no caso de Varas), transformações (processamento e decisões, no caso de Varas), saídas (processo com sentença, no caso de Varas) e retroalimentações (decisões administrativas de gestão necessárias à manutenção do rumo estabelecido pela estratégia, com o fim de atender às necessidades dos usuários).

Gerir unidades do Judiciário com o emprego de **sistemas de gestão** pode parecer matéria apenas estranha ou teórica para aqueles que ainda não tiveram a feliz oportunidade de observar o sucesso de unidades do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro incorporadas à certificação ISO 9001:2000⁸.

Finaliza-se com a mais recente experiência, a pré-auditória do IX Juizado Especial Criminal do PJERJ. É gratificante e encorajador ter ouvido, tanto do Juiz Titular quanto da Escrivã, que estavam sendo auditados, apresentar o plenoconhecimento e controle dos resultados do Juizado, consolidados em planilhas de indicadores de desempenho dos processos de trabalho que mostram a situação atual, atendência e comparações de cada resultado crítico; os “pilotos” desse Juizado revelaram tanta segurança nos seus trabalhos a ponto de permitir a antecipação da auditoria de certificação, em face da caracterização de que o “sistema de gestão roda”. Tal como mostrado na figura, as coisas, mesmo não sendo perfeitas, evidenciam a direção, o controle e a retroalimentação dos efeitos; enfim, se vislumbra, de forma objetiva, que:

- as coisas são pensadas (e planejadas) antes de serem executadas;
- a execução ocorre da forma como foi planejada;
- as coisas executadas são verificadas, antes de serem entregues aos usuários;
- existem ações para corrigir os eventuais desvios entre o planejamento e a execução;
- o funcionamento do sistema de gestão é verificado, com base no respectivo planejamento, por um Órgão Certificador de Terceira Parte, que tem plena independência para emitir o seu parecer.

(8) Unidades organizacionais cujos sistemas integrados de gestão (SIGA) já receberam a certificação ISO 9001:2000: Escola da Magistratura, 13^a Vara Cível, 18^a Câmara Cível, 9^a, 19^a e 32^a Varas Criminais da Comarca da Capital, Departamento Geral de Arquivos, Departamento de Arrecadação do Fundo Especial de Justiça, 12^a Vara de Família da Comarca da Capital, IV Juizado Especial Cível e 8^a Câmara Criminal. O IX Juizado Especial Criminal será submetido à auditoria de certificação ao final do mês de agosto deste ano.

EXECUÇÃO DIRETA DA VÍTIMA EM FACE DE SEGURADORA DECORRENTE DE ATO ILÍCITO DO SEGURADO

Dalmo Antônio de Castro Bezerra

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia

EXECUÇÃO DIRETA DA VÍTIMA EM FACE DE SEGURADORA DECORRENTE DE ATO ILÍCITO DO SEGURADO

Dalmo Antônio de Castro Bezerra

1. Introdução

Originário do campo das relações comerciais, o contrato de seguro, nos termos do artigo 757 do Novo Código Civil, é aquele mediante o qual o segurador se obriga a garantir, contra riscos predeterminados, interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou à coisa, mediante o pagamento do prêmio por este.

É um tipo de contrato condicional, aleatório e de garantia que visa impedir perdas patrimoniais ao contratante, portanto, tem como objeto os efeitos redundantes de atos ilícitos por este causados.

O segurador, em contrapartida, ao recebimento do prêmio, assume e expõe-se ao risco durante a vigência do contrato.

Ao se verificar o evento, o segurador deve imediatamente, pagar o valor do seguro. Surge para o segurado, ou para o beneficiário, um direito exigível de crédito. (GOMES, Orlando. Contratos; Rio de Janeiro, Forense, 1971, 3a ed., pp. 429, 433, 439 e 443).

Segundo Humberto Theodoro Júnior, “O seguro, tal como praticado em nosso tempo, deixou de ser aleatório para ser tratado como negócio comutativo em que o segurador assume a obrigação de prestar garantia ao segurado mediante o pagamento de determinado preço, garantia esta que se apóia numa poupança programada de determinado preço e realizada com recursos captados junto a um grupo de participantes de cobertura similar proporcionada pelo mesmo segurador...” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. O Contrato de Seguro e a Regulação do Sinistro; Revista Juris Plenum, Janeiro 2006, Ano II, Número 7, p. 40)

Assim, importante se estabelecer diferenças mínimas entre segurador, segurado e beneficiário. O segurador é a parte no contrato de seguro que, mediante o recebimento do prêmio, assume a obrigação de ressarcir o prejuízo. Segurado é a pessoa que pagará determinada importância para o segurador (prêmio), a fim de que haja por parte deste o ressarcimento do prejuízo. No ensinamento conciso de Ferri

“o pagamento do prêmio é o correspertino da assunção do risco” (G. Ferri, *Manuale de Diritto Commerciale*, 3^a ed, Torino, 1972, n.º 685). Por fim, beneficiário é quem efetivamente receberá do segurador a importância relativa do prejuízo.

Fran Martins ensina que “só são partes no contrato de seguro o segurador e o segurado; só esses acordam e assumem obrigações em virtude do contrato” (MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*, Rio de Janeiro, 1998, 14^a ed., p. 353). Mas cabe aqui destacar que, a finalidade do contrato de seguro é garantir ao beneficiário o recebimento de importância pecuniária decorrente do sinistro.

Há na atualidade uma infinidade de tipos de seguros que visam assegurar que a parte contratante tenha condições de reparar danos na medida em que estes se efetivem.

2. Inovação Jurisprudencial

Deste modo, o presente trabalho tem por finalidade demonstrar que pode haver o acionamento judicial da seguradora, por parte do beneficiário em execução judicial oriunda de ação de reparação de danos promovida pela vítima contra o segurado, sem que necessariamente haja a necessidade de incluir, na fase de execução o segurado no pólo passivo.

Apesar da divergência jurisprudencial e da escassa doutrina a respeito da matéria, bem como pelo apego aos princípios formadores do processo, nova interpretação vem sendo dada pelos Tribunais no sentido de prestigiar a finalidade e a eficácia processual.

3. Denunciaão Lide da Seguradora

Em vista da grande difusão de contratos de seguro, e diante da necessidade de se conferir celeridade e efetividade nas demandas judiciais, bem como a busca pela economia processual, questiona-se a possibilidade de execução direta, pelas vítimas de atos ilícitos demandarem as seguradoras nas ações onde o instrumento da denunciaão da lide da seguradora foi utilizado pelo demandado, ocorrendo a insuficiêncie de bens do causador do dano ou o desconhecimento de seu paradeiro.

Não obstante a vítima configurar-se um terceiro na relação de seguro, no momento da ação de reparação de danos em desfavor do causador do dano, se este procedeu a denunciaão da lide, a vítima do ilícito não será mais estranho na relação jurídica entre a companhia de seguro e o demandado que celebrou contrato de seguro.

Obstar a pretensão do terceiro-vítima é inutilizar o instituto da denunciação. Lembra-se que nestes mesmos autos, a companhia poderá exercer amplamente sua defesa e no caso de não oferecer resistência à denunciação, torna-se litisconsorte passivo. Por fim, não se deve proteger a companhia de seguros em detrimento da vítima.

Após sentença favorável à vítima e proposta a execução, se esta é frustrada por não haver sido encontrado o demandado, e/ou bens passíveis de execução, nada mais justo que abrir-se a possibilidade de expropriação de bens da própria seguradora.

Não se pode pretender que o segurado seja obrigado a primeiro ressarcir o prejuízo causado a terceiro(s), somente depois ver-se resarcido pelo seguro contratado, mesmo porque, têm-se observado nas companhias de seguros contratadas a negativa de adimplir voluntariamente sua obrigação contratual de repor ao beneficiário, o patrimônio atingido pelo sinistro, de acordo com as cláusulas da apólice.

Muitas vezes buscam eximir-se, oferecendo reembolso ao segurado, olvidando-se da vítima, desrespeitando os preceitos da boa-fé contratual, enriquecendo-se ilicitamente.

O processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar às partes uma Justiça barata e rápida, do que se extra a regra básica de que deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil; Rio de Janeiro, Forense, 2001, 36a ed., vol. I, p.28).

O fato é que não há concretamente consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria. Encontram-se na esfera dos Tribunais, diversas decisões. Ora pela possibilidade de executar a seguradora como última opção, a exemplo do Rio Grande do Sul, e ora repelindo tal procedimento, como o foro baiano, em agravo de instrumento nº 20750-3/2003.

Os tribunais internacionais demonstram tendência de opção pelo primeiro posicionamento, incluídas as orientações italianas, portuguesas e francesas.

4. Execução Direta Contra a Seguradora Denunciada

Deste modo, o presente trabalho objetiva demonstrar que pode haver a execução judicial direta contra a seguradora, por parte da vítima ou sucessor legal de ação de reparação de danos promovida contra o segurado.

Para tanto, cumpre ressaltar que necessário é no processo de conhecimento haver a denunciação à lide da seguradora e a declaração de sua procedência por parte de sentença judicial.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, de forma precisa e clara essa situação, em sede do Resp. nº 251.053 - SP (2000/0023885-6), que teve como relator o Ministro Ruy Rosado, que

“A procedência da denunciação da lide pelo réu à sua seguradora resulta no reconhecimento da obrigação securitária e da obrigação de a companhia efetuar o ressarcimento do que vier a ser pago pelo réu, no limite do contrato de seguro. Ocorre que o réu muitas vezes não tem recursos para cumprir com a obrigação imposta na sentença, embora tenha a proteção de um contrato de seguro, mas essa execução ficaria na dependência de prévio pagamento, pela segurada, da importância deferida na sentença.

Para obviar os inconvenientes que decorrem desse sistema, o Código de Defesa do Consumidor admitiu o chamamento ao processo da seguradora, que poderá ser condenada solidariamente com o responsável pelo dano, seu segurado (art. 101, II).

No caso dos autos, porém, a sentença definiu a seguradora como denunciada à lide.

Ainda nessa situação, admite-se a execução direta contra a seguradora, quando demonstrada a impossibilidade de ser satisfeita a obrigação pela ré-segurada...”

No Resp. nº 97590/RS, a 4^a Tuma do Superior Tribunal de Justiça julgou possível a execução direta da seguradora pelo terceiro.

“Denunciação da lide. Seguradora. Execução da sentença.

1. A impossibilidade de ser executada a sentença de procedência da ação de indenização contra a devedora, porque extinta a empresa, permite a execução diretamente contra a seguradora, que figurara no feito como denunciada à lide, onde assumira a posição de litisconsorte.

2. Não causa ofensa ao art. 75, I, do CPC, o acórdão que assim decide. “(REsp nº 97.590/RS, 4a Turma, rel. Min. Ruy Rosado, DJ 18/11/96).

Em outras decisões, autorizou-se a execução da obrigação da seguradora antes que o segurado procedesse à reparação da vítima.

“Processo civil. Execução de sentença. Denunciação da lide. A sentença que julga procedente a denunciação da lide vale como título executivo (CPC, art.76); o aparelhamento deste independe do andamento da execução da sentença proferida na ação principal, podendo o

denunciado à lide ser obrigado a cumprir sua obrigação, antes de que o réu o faça. Agravo regimental não provido” (AGA nº247761 DF. 3^a Turma, rel. em. Min. Ari Pargendler, DJ 20/03/2001).

“SEGURÓ. Acidente de veículo. Insolvência do causador do dano.

Cobrança contra sua seguradora. Legitimidade.

Insolvente o causador do dano, o crédito do lesado reconhecido em sentença pode ser cobrado diretamente da sua seguradora, a quem fora denunciada a lide, no limite do contrato. Não é requisito para a execução do contrato de seguro para cobertura de danos resultantes de acidente de trânsito o prévio pagamento por parte do segurado, quando ficar demonstrada essa impossibilidade pela insolvência do devedor. Recurso não conhecido”. (REsp 397229 / MG. 4^a Turma, rel. Min. Ruy Rosado, DJ 12/08/2002).

No mesmo sentido o julgado em sede de Recurso Especial nº 115046-RS.

4. Conclusão

Sabe-se que a matéria referente à responsabilidade civil envolvendo seguros provoca discussão e merece ser pacificada na doutrina e jurisprudência, e melhor esquematizada em seus aspectos processuais, principalmente pela demanda processual pertinente à esta problemática.

A jurisprudência vem caminhando para a possibilidade de execução direta contra a seguradora, atenta aos princípios da economia, efetividade e celeridade processual, que no caso referente em nada afetam ao princípio do devido processo legal. Finalmente, parafraseando o mestre Pontes de Miranda, pode-se dizer que o crescimento desta tendência nada mais é que a adaptação dos novos tempos, derivando do princípio da crescente estabilidade, onde “a adaptação cresce perpetuamente.” (MIRANDA, Pontes de. Sistema de Ciência Positiva do Direito, Introdução à Ciência Positiva do Direito, ed. Bookseller, 2000, p. 394)

A PENHORA “ON LINE” E A TERCEIRA REFORMA PROCESSUAL CIVIL

Flávio Henrique de Melo

Juiz Substituto do Poder Judiciário do Estado de Rondônia
Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral
Mestrando em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas
Professor da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
Professor do Instituto Luterano de Ensino Superior em Porto Velho/RO

A PENHORA “ON LINE” E A TERCEIRA REFORMA PROCESSUAL CIVIL

Flávio Henrique de Melo

1. Origem do instituto:

Inovando no meio Judicial, o Poder Judiciário Trabalhista foi quem deu os primeiros passos pelo instituto da denominada penhora “on line”, em 2002, quando foi firmado um convênio entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central do Brasil.

Ademais, a Lei Complementar nº 118/2005, ao dar nova redação a alguns artigos do Código Tributário Nacional, acrescentou o art. 185-A que instituiu o instituto da penhora “on line” no âmbito das execuções fiscais, por meio do sistema BACENJUD.

A partir daí, os Tribunais dos Estados iniciaram a celebração de convênios com o Banco Central, possibilitando aos Juizes o uso dessa ferramenta no âmbito da Justiça Comum Estadual.

2. Hipóteses de cabimento:

Inicialmente cumpre conceituar o que é Penhora “on line”. Pois bem: trata-se de um instituto processual de indisponibilização de bem infungível do devedor com o fim de satisfazer a pretensão líquida, certa e exigível do credor em um processo de Execução Judicial ou Extrajudicial.

Incide alguns questionamentos quanto à possibilidade ou não da aplicação do instituto da penhora “on line” como a primeira medida para a satisfação do crédito exequendo, ou como a última medida processual a ser adotada, porém não há vedação expressa no ordenamento jurídico quanto a uma ou outra hipótese mencionada.

Extrai-se da interpretação do Código de Processo Civil, que a utilização da penhora “on line” somente é manuseada nos procedimentos das execuções por quantia certa, ou seja, aqueles feitos em que há definição do valor exequendo (*quantum debeatur*).

A aplicação da penhora “on line” como primeira medida processual é plenamente admitida pela ordem legal vigente e será melhor esclarecida no tópico seguinte.

3. Fundamentos do Bloqueio “on line”:

Faz-se mister, antes de debater os pontos essenciais do assunto, esclarecer que o nome Penhora “on line” deve ser visto com certa atenção. Explico, por oportuno, que o Juiz ao acessar o sistema do BACENJUD não realiza o ato processual de constrição dos bens do devedor nominado de “penhora”.

De fato o que ocorre é um Bloqueio “on line”, onde o Juiz indisponibiliza o valor exequiundo em uma conta específica ou não, a partir da informação gerada pelo CPF (Cadastro de Pessoa Física) junto ao Banco Central.

Nesse espeque, a partir da confirmação no sistema “on line” do BACENJUD em relação ao *quantum debeatur*, o Juiz determina, no próprio programa, a transferência para uma conta judicial à disposição do Juízo solicitante da ordem. Ato contínuo, profere-se uma decisão convolando o bloqueio “on line” em penhora e prossegue-se com as etapas processuais seguintes.

Nos termos das disposições contidas no inciso I, do art. 655 do CPC, o bem jurídico (dinheiro) é elencado como o primeiro na escala de prioridade de bens passíveis de serem penhorados e que deveria ser indicado pelo devedor.

A esse respeito, surgem severas críticas no meio jurídico sustentando que o instituto da Penhora “on line”, como primeira opção, violaria o princípio da menos onerosidade da execução, insculpido no art. 620 do CPC. Nessa ordem, sustenta-se que o credor deveria esgotar os meios ordinários e menos gravosos de localizar bens livres e desembaraçados do devedor, v.g., Detran, Junta Comercial e Cartórios de Imóveis e outros mais.

Nessa esteira de pensamento, o advogado Dr. Lineu Miguel Gomes (2003) escreveu sobre o assunto sustentando que a penhora “on line” é “inegável ato ilícito, abitrário e meio de coerção ilícita desmedida – a teor do artigo 187/CCB/2002”.

Com a *devida vaenia*, há entendimento diametralmente oposto sustentando a utilização da Penhora “on line” como primeiro ato de exccussão da obrigação no feito executório. Aqueles que assim defendem

sustentam suas opiniões e decisões judiciais, no art. 655, inciso I do CPC, bem como nos princípios da celeridade e da economia processual.

Em arrozoado escrito pelo Procurador da Fazenda Nacional Dr. Rubens Carlos Vieira (2006), o mesmo entende que a penhora “on line” é um grande avanço no Direito Processual, possibilitando a celeridade e a economia processual na busca da satisfação do crédito exequendo.

Faz-se mister, também, citar o posicionamento do Juiz do Trabalho, Presidente da Associação dos Juízes do Trabalho da 19ª – AMATRA XIX, Dr. Valter Souza Pugliesi (2006) quando trata do assunto em comento ressalta, *in verbis*:

(...) o compromisso de assegurar a todos os litigantes uma duração razoável do processo, utilizando-se dos meios legalmente previstos e que garantem a celeridade da tramitação dos processos judiciais indo ao encontro do novel preceito constitucional.

Da mesma sorte, a jurista Adriana Regina Barcellos Pegini (2006) defende que a aplicação da penhora “on line” traz grande efetividade à relação jurídico-processual, mas advertido para os riscos, quando trata do princípio da proporcionalidade. Para a menciona autora “O princípio da proporcionalidade deverá ser observado no caso concreto para que a restrição imposta ao direito do devedor não ultrapasse os limites da execução”.

Igualmente, segundo Gomes Canotilho *apud* Carlos Roberto Siqueira Castro (2003, p. 85), anota sobre o princípio da proporcionalidade que “a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”.

Não obstante, a ressalva mencionada, demonstrando o cuidado óbvio na utilização da penhora “on line”, ainda assim, a mesma vem sendo aplicada com grande eficácia.

A nova realidade Constitucional ampara esse ultimo entendimento, quando, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi introduzido o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal que eligiu à princípio constitucional o princípio processual da celeridade.

Sobre o princípio processual da celeridade, muito discutido também no âmbito dos Juizados Especiais, os doutrinadores Marisa Ferreira dos Santos e Ricardo Cunha Chimenti (2004, p. 67) lecionam que “A celeridade pressupõe racionalidade na condução do processo. Deve ser evitada a protelação de atos processuais”.

Não se pode olvidar que o princípio processual da celeridade tem a natureza jurídica de direito fundamental.

Confrontando: observa-se que, enquanto o princípio da menos onerosidade da execução forçada é uma regra de previsão infra-constitucional, o princípio da celeridade processual é uma disposição de ordem constitucional.

Com efeito, diante da ótica Constitucional vigente, a sobreposição do princípio da menos onerosidade em face do princípio da celeridade processual é frontalmente contrário à Carta Magna e favorece a compulsividade dos devedores contumazes!

Sendo assim, exigir que o credor faça uma peregrinação perante o Detran, a Junta Comercial e os Cartórios de Imóveis, para somente, então, poder fazer uso da via, considerada por alguns como a mais onerosa, não é uma decisão amoldada ao Direito Constitucional Contemporâneo.

Com efeito, o eminentíssimo doutrinador constitucionalista Lenio Luiz Streck (2004, p. 13) esclarece sobre a nova realidade constitucional sustentando que:

A compreensão acerca do significado do constitucionalismo contemporâneo, entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, a toda evidência implica a necessária compreensão da relação existente entre Constituição e jurisdição constitucional.

É nesse cenário que se faz importante ter a compreensão exata sobre os princípios constitucionais.

Conforme a constitucionalista Carmem Lúcia Antunes Rocha, citada por Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 53), no tocante à definição de princípio, pode-se dizer que “o Princípio é o verbo (...). No princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normado”.

Citando Ruy Samuel Espíndola (2002, p. 60 e 80), quanto à natureza dos princípios no sistema jurídico vigente, o mesmo estabeleceu que:

Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o *status conceitual* e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos ‘princípios positivos do Direito’, mas também, como já acentuado, dos ‘Princípios gerais do Direito’ (...). (Grifo do original)

Diante dos postulados da teoria dos princípios, não há que se negar ao princípio constitucional a sua natureza de norma, *de lei*, de preceito jurídico, ainda que com características estruturais e funcionais bem diferentes de outras normas jurídicas, como as regras de direito (...). (Grifo original)

Esse fundamento teórico afirma a configuração atual de princípio enquanto norma jurídica, destacando-se as características da obrigatoriedade e da coercibilidade, quanto aos comandos emanados, daí a sua grande importância e destaque no Sistema Pós-positivista de Direito Constitucional.

Diante do embate entre o princípio constitucional (celeridade processual) e o princípio infraconstitucional (menor onerosidade ao devedor) a garantia da supremacia constitucional é histórica e necessária à segurança jurídica das relações humanas, segundo José Adércio Leite Sampaio (2002, p. 25), *in verbis*:

O estofo filosófico da supremacia dos *nomoï* pode ser encontrado nos sofistas, com a distinção entre *nomos* e *physis*; em *Platão*, com a obrigação de a lei reproduzir uma ordem imutável e divina, nunca os interesses mundanos, e em *Aristóteles*, com a sua exigência de lei justa, produto da razão e não das paixões humanas, contrapondo a ordem natural transcendente à ordem legal, cambiente, bem assim com a sua concepção de *politeia*: leis fundamentais de organização do Estado, superiores às leis ordinárias. (Grifo original).

Ainda no contexto da supremacia da hermenêutica constitucional, é oportuno trazer à baila os escólios de Cristina Queiroz *apud* Rodolfo Viana Pereira (2001, p. 92), *in litteris*:

O sentido político do princípio da supremacia constitucional implica que todo o exercício do poder do Estado encontra seus limites na Constituição e deve se realizar de acordo com os parâmetros formais e materiais nela estabelecidos. Por sua vez, o sentido jurídico outorga à Constituição o caráter jurídico de norma suprema do ordenamento jurídico, diferenciando-a, formalmente, das normas provenientes da legislação ordinária, editadas em função das competências, procedimentos e conteúdos nela estabelecidos.

Restou evidenciado pela citação retro que, segundo o princípio da supremacia constitucional, o comando normativo no texto da Carta Magna quanto ao princípio processual da celeridade está hierarquicamente superior ao princípio processual da menor onerosidade em face do devedor.

Com efeito, a efetividade desse regramento não pode ser obstada por norma infraconstitucional, a não ser por outro princípio de mesma hierarquia, o que não é o caso. Nesse ponto, pertinente é a lição de Luís Roberto Barroso (2003, p. 279), *in verbis*:

(...) Efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja o desfrute real do bem jurídico assegurado (...).

Certamente que a inovação trazida pelo instituto da penhora “on line”, a possibilidade da satisfação do gozo do bem jurídico na execução passa a ser algo real e, não, mera expectativa de direito.

Outra crítica a ser feita é quanto a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (CEEE – Companhia Estadual de Energia Elétrica do Rio Grande do Sul x União Federal) que recentemente suspendeu o convênio do Banco Central em relação às empresas sob execução trabalhista. Em resposta foi interposta pela Advocacia Geral da União uma medida judicial no Supremo Tribunal Federal (Suspensão da Tutela Antecipada – STA nº 74/2006 – Relatora Ministra Ellen Graice) para suspender aquela decisão, demonstrando um retrocesso às evoluções que facilitam a resolução dos feitos judiciais, atendendo aos anseios da sociedade que custeia os subsídios dos membros do Judiciário.

Enfim, a Penhora “on line” é um das grandes ferramentas processuais previstas que possibilitam a satisfação do valor exequendo em completa harmonia com o Direito Contemporâneo, notadamente, a Constituição Federal e, agir contrariamente, é fazer a roda da evolução se mover ao contrário.

4. Inovações do CPC:

Serão analisadas apenas as modificações processuais que possam ter correção com o instituto da Penhora “on line”.

A Lei nº 11.232/2005 foi a grande responsável pelas inovações processuais que afetaram o feito executório. Com o acréscimo de várias letras ao art. 475 do CPC, o processo de execução passa ser definido como uma fase do processo de conhecimento.

Nesse sentido, o art. 475-J estabelece que se o devedor não efetuar o pagamento, no prazo de quinze dias, em caso de sentença líquida ou, mediante liquidação posterior, a contar da intimação, será acrescida a multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, sem prejuízo dos honorários e das custas processuais finais.

Prevê o §1º do art. 475-J do CPC que o devedor (executado) será intimado do auto de penhora e de avaliação, na pessoa do seu advogado, ou não havendo, o seu representante letal, ou, ainda, pessoalmente, por mandado ou por correio, para, caso queira, oferecer impugnação, no prazo de quinze dias.

O art. 475-L, por sua vez, define quais são as matéria que o devedor (executado) poderá alegar em sua defesa a qual, via de regra, não tem efeito suspensivo, exceto nos casos em que o Juiz verificar que se trata de uma hipótese de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 475-M).

Outro ponto a ser destacado é quanto à decisão (sentido amplo) que resolver a impugnação. A esse respeito pode ser atacada, via Agravo por Instrumento, exceto na hipótese em que a decisão importar em extinção da Execução, quando, então, caberá o recurso de Apelação (art. 475-M, §3º do CPC).

As inovações processuais acima destacadas, a princípio podem apresentar que haverá um retardamento da fase executória, quando na verdade a realidade fática apresenta uma situação é diferente. Com efeito, anota-se que o grande entrave de resolução de uma execução forçada, notadamente por quantia certa, é quanto a indicação de bens livres e desembaraçados do devedor (v.g. bens móveis e imóveis).

Quando se encontravam bens a serem penhorados, vinha a já superada a fase dos Embargos à Execução que suspendia o feito executório, e muitas vezes, redundava em outra execução caso o Embargante tiver os embargos julgados improcedentes ou procedentes em parte.

Certamente, a eliminação dessa etapa do processo com efeito suspensivo promoverá a celeridade processual em observância ao Direito Constitucional Contemporâneo.

5. Aplicação do instituto na terceira reforma processual:

Observa-se, por certo, que a 3ª Etapa da Reforma Processual Civil não utiliza a linguagem jurídica prevista no meio virtual. Isso não significa dizer que o Código de Processo Civil, apesar de desatualizado nesse quesito, tenha criado qualquer empecilho quanto à Penhora “on line”.

Ao contrário, a hermenêutica permite ao julgador fazer a exegese, tendo por base as regras Constitucionais, os Princípios Gerais do Direito e a realidade atual, em que já se utilizava desde 2002 na Justiça Trabalhista e, no ano de 2005, com Lei Complementar nº 118/2005, por meio do BACENJUD.

Sem prejuízo de qualquer ordem e com a segurança jurídica necessária, o Bloqueio “on line”, no sistema BACENJUD pode ser utilizado

no lugar da expressão “Do auto de penhora e de avaliação”, prevista no § 1º do art. 475-J do CPC, com redação dada pela Lei nº 11.232/2005 para os processamentos de execução forçada por quantia certa.

A adoção do instituto da Penhora “on line” traz, como já fora dito, maior celeridade e economia processual.

Na percepção de Ernane Fidélis dos Santos (1998, p. 43), “A economia deve ser sempre orientar os atos processuais, evitando gasto de tempo e dinheiro inutilmente”.

Pois bem: no sistema convencional de penhora, o juiz tem o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para despachar deferindo a constrição judicial. A partir, daí o cartório deverá cumprir a decisão em até 48 (quarenta e oito) horas do recebimento dos autos do gabinete. Expedido o mandado e distribuído ao Oficial de Justiça, o mesmo tem o prazo de 15 (quinze) dias para cumpri-lo. Devolvido o mandado, podem-se ocorrer duas hipóteses: diligência positiva (bem penhorado) e negativa (não houve penhora), sendo esta ultima o gargalho do feito executório, quando há uma dificuldade real de se encontrar bens livres e desembaraços do devedor, que não seja o dinheiro.

Ademais, não se pode olvidar que todos esses atos processuais geram um custo elevado ao Poder Judiciário, o qual, além disso, em muitos casos não resolia a pretensão do credor de ter satisfeito o seu direito líquido, certo e exigível.

Com muita propriedade sobre o princípio da economia processual, o doutrinador Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 32) aduz, *in verbis*, que:

O processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar às partes uma Justiça *barata* e *rápida*, do que se extrai a regra básica de que ‘deve tratar-se de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual’.

A partir da utilização da Penhora “on line” a possibilidade do Poder Judiciário satisfazer a pretensão do credor (exequente) no feito executório é muito grande e com menor custo ao mesmo, eis que o objeto jurídico alcançado é provido de solvabilidade (dinheiro).

Seguindo esse posicionamento, o jurista Vicente Greco Filho (2000, p. 84) espousa que “Quando duas forem as soluções legais possíveis, deve ser adotada a que causar menos encargos às partes (...”).

Com a garantia do Juízo pelo Bloqueio “on line” do valor exeqüendo, prossegue-se a execução com a intimação do devedor (executado) e a decisão do Juiz resolvendo de fato e de direito o feito.

Aqueles que criticam a Penhora “on line” por que em alguns casos ocorre o bloqueio de valores proveniente de salários, leiam o próximo tópico.

6. Conseqüências e/ou efeitos:

A utilização do instituto jurídico da Penhora “on line” produz, em alguns casos, efeitos ou conseqüências que vão além daquilo determinado na ordem de bloqueio.

Por certo, na hipótese em que o credor/exeqüente pede a Penhora “on line” de um determinado valor líquido, indicando apenas o CPF, sem precisar sobre qual conta deverá recair o bloqueio, ocorrerá que será bloqueado o valor exeqüendo em tantas quantas forem as contas do devedor que possuírem saldo para ser constrito o valor ordenado.

De fato, na situação retro mencionada, poderá haver, v.g., o bloqueio de R\$ 2.000,00 (Dois mil reais) em todas as contas do devedor/ executado ativas que possuírem saldo igual ou superior à esse valor, seja ou não proveniente de salário.

Em caso de ser o dinheiro bloqueado proveniente de salário, cabe ao devedor/executado demonstrar e comprovar que a origem da quantia monetária é dos vencimentos/proventos/salários/subsídios a fim de que seja desbloqueado o valor total ou parcial correspondente, em observância aos termos do art. 649 do CPC.

No caso em que há o número da conta específica a ser Bloqueado “on line” essa hipótese supra identificada do excesso quanto à constrição não existe, porém não existe como destacar a segunda ocorrência de recair sobre o total ou parte do salário.

É exatamente nesses pontos que os críticos do instituto se baseiam para tentar atingi-lo. As situações são passíveis de correção e controle direto do Juiz, porquanto todas as vezes que são protocoladas as minutas de Penhora “on line”, aguarda-se 48 (quarenta e oito) horas para se consultar a resposta no BACENJUD.

Em caso positivo, o Juiz poderá restringir, no próprio programa eletrônico, o excesso do bloqueio. A parte correspondente ao valor (exeqüendo) determinado é imediatamente, também, transferida para uma conta judicial à disposição do Juízo solicitante.

Nessa ótica, não se pode mitigar ou querer inutilizar o recurso da Penhora “on line” apenas pela situação do excesso do bloqueio, na medida em que a própria parte exequente poderá corrigir tal distorção, indicando o número da conta judicial a ser bloqueada.

7. Conclusão:

Portanto, apesar das críticas efetuadas contra a Penhora “on line”, observa-se que os reflexos e resultados da utilização do instituto são mais benéficos do que maléficos, sendo que havendo eventual distorção (excesso de bloqueio) pode ser plenamente corrigida pelo Juiz, na via “on line” com resultado eficaz.

Assim, qualquer que seja o instituto inovador, sempre existirão aqueles que correm na contra-mão da evolução processual. Não obstante, a utilização da Penhora “on line” apresenta-se com um eficiente mecanismo de satisfação das execuções de títulos judiciais e extrajudiciais, sem prejuízo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e com atendimento aos princípios constitucionais da celeridade e economia processual (art. 5º, inciso LXXVIII, CF/88).

8. Referências bibliográficas:

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 2.

GOMES, Lineu Miguel. Penhora on line. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 8, n. 237, 1 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4861>>. Acesso em 20.09.2006.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 30. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 1.

PEGINI, Adriana Regina Barcellos. *O Princípio da Proporcionalidade e a Penhora on line*. Disponível em: <www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/penhoraonline.htm>. Acessado em 20.09.2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PUGLIESI, Valter Souza. *Penhora “on line”*. Disponível em: <www.tr19.gov.br/saiba_mais/Artigo_Penhora_online.pdf> Acessado em 20.09.2006.

SAMPAIO, José Adérlio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos Santos. *Manual de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais e Estaduais*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 15. tomo II.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIEIRA, Rubens Carlos. *Penhora on-line e a execução fiscal*. Disponível em: <www.sinprofaz.org.br/CEJ/Trabalhos/Rubens%20Carlos%20Vieira.htm> Acessado em 20.09.2006.