

WALTER STUBER
O NOVO REGIME LEGAL DAS DEBENTURES NO BRASIL

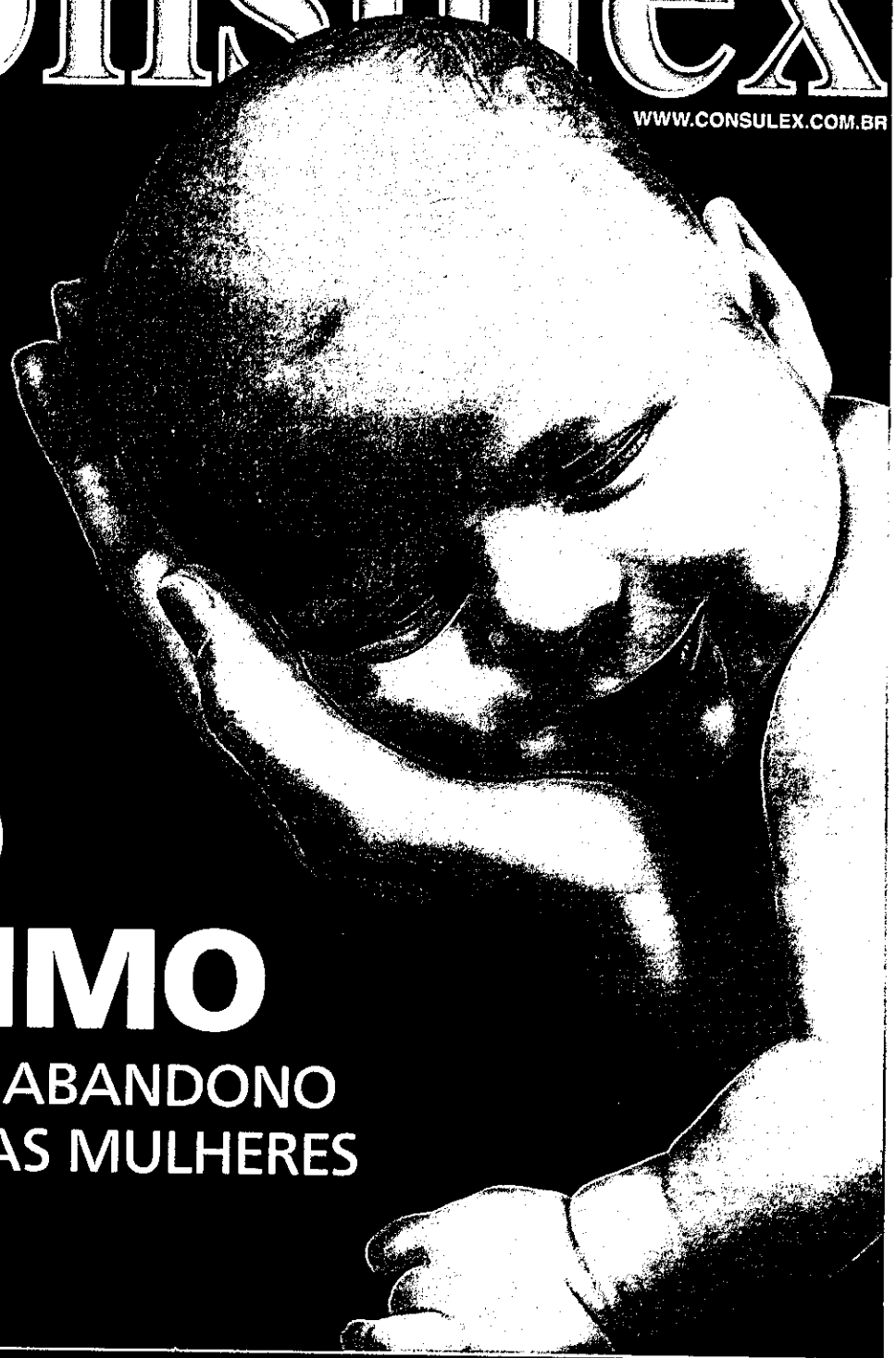
REVISTA JURÍDICA

CONSULEX

ANO VII Nº 225
11 DE NOVEMBRO DE 2011

WWW.CONSULEX.COM.BR

EDITORA
CONSULEX



PARTO ANÔNIMO

A TRAGÉDIA DO ABANDONO E OS DIREITOS DAS MULHERES



IN VOGA
ALMIR PAZZIANOTTO PINTO
**O DESAFIO DA
TERCEIRIZAÇÃO**



OBSERVATÓRIO JURÍDICO
EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE
**AÇÃO CONTROLADA NA
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**



TENDÊNCIAS
ANTONIO CARLOS DE O. FREITAS
**AS AGRURAS DO
GEORREFERENCIAMENTO**



6 O NOVO REGIME LEGAL DAS DEBÊNTURES NO BRASIL

O Advogado Walter Stuber alcançou reconhecimento profissional não somente no Brasil, mas também no exterior, onde integra renomadas entidades econômicas e sociais. A experiência adquirida nos longos anos de exercício da advocacia dotou o eminente entrevistado de uma visão estratégica e de uma capacidade rara de análise das questões em voga no cenário econômico global. À frente de Walter Stuber Consultoria Jurídica, com sede em São Paulo, Capital, voltada à assessoria da atividade empresarial, o sócio-fundador desse importante escritório jurídico conversou com a equipe editorial acerca do atual regime aplicável às debêntures, por força do advento da Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011. Embora complexo, o tema é abordado com clareza, de forma que o leitor deparará com importantes lições ministradas pelo também professor, por quase uma década, dos cursos de Mestrado e Doutorado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.



30 PARTO ANÔNIMO

A TRAGÉDIA DO ABANDONO E OS DIREITOS DAS MULHERES

A discussão da temática ganhou repercussão no Brasil com a elaboração de anteprojeto de lei, pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), objetivando diminuir as formas trágicas de abandono de recém-nascidos. A proposta foi acolhida no Parlamento, convertendo-se no Projeto de Lei nº 3.220/08, ora arquivado, e em muitos outros nesse mesmo sentido, com igual destino. A controvérsia não se limita, porém, à concretização do direito fundamental à vida e a uma existência digna, envolvendo também o direito das mulheres de decidirem sobre seus interesses reprodutivos e demais questões referentes ao exercício da vontade dos indivíduos de sexo feminino em um Estado Democrático de Direito. Oportunamente, uma reflexão sobre o direito da criança nascida de parto anônimo de conhecer seu patrimônio genético se faz acompanhar de análises especializadas sobre a complexa relação mãe e filho.

DESTAQUE

Haja paciência com o caso Battisti!
28 Rui Atrúlio de Lacerda Badaró

CONTEXTO

O Estado democrático, o crédito tributário e a ação fiscal
40 Luiz Gustavo de Oliveira Santos

IN VOGA

Atividade-fim da sociedade --
O desafio da terceirização
42 Almir Pazzianotto Pinto

GESTÃO EMPRESARIAL

A responsabilidade socioambiental das empresas
44 Francionne Maria .
Sampaio Oliveira Guedes

OBSERVATÓRIO JURÍDICO

Ação controlada na investigação criminal
46 Eduardo Luiz Santos Cabette

PORTAL JURÍDICO

Registro imobiliário --
Retificação extrajudicial
50 Daniela Fernanda Maciel Aparício

CONJUNTURA

Importação de veículos --
A inconstitucionalidade do aumento do IPI
53 Augusto Fauvel de Moraes

ENFOQUE

Limites do direito de reunião -- Apontamentos sobre o julgamento da ADPF nº 187
54 Edvaldo Fernandes da Silva

TENDÊNCIAS

Imóvel rural -- As agruras do georreferenciamento na esfera judicial
56 Antonio Carlos de Oliveira Freitas

DOCTRINA

Poder Judiciário garantidor dos direitos fundamentais
58 João Paulo Pirôpo de Abreu

DOCTRINA

O ativismo judicial progressista como instrumento de concreção dos direitos fundamentais
61 Teodolína Batista da Silva Cândido Vitério

DOCTRINA

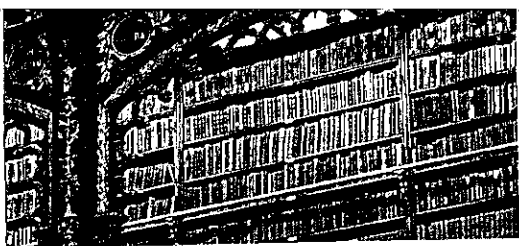
PIS/COFINS-Importação -- A inconstitucionalidade da base de cálculo
64 Adriana Estigara

PONTO DE VISTA

O Conselho Nacional de Justiça e sua competência constitucional
66 Luiz Flávio Borges D'Urso

SEÇÕES

- 5 Com a palavra...
- 12 Crítica & Autocrítica
- 14 Indicadores Econômicos
- 15 Cartas & Críticas
- 16 Propostas e Projetos
- 18 In Foco
- 20 Ciência Jurídica em Foco
- 22 Painel Econômico
- 24 Painel do Leitor
- 26 Como Decidem os Tribunais
- 65 10 Frases



PODER JUDICIÁRIO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Torna-se inegável que o grau de democracia em um país pode ser medido pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo.

Os direitos fundamentais diminuem a discricionariedade dos Poderes constituídos, impondo-lhes deveres de abstenção e ação, já que são o parâmetro axiológico e referencial obrigatório e vinculante da atuação estatal. De acordo com a interpretação liberal clássica, servem para proteger a liberdade do indivíduo contra as intervenções do Poder Público, ou seja, constituem-se em direitos de defesa contra o Estado.

Conforme jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, as normas de direitos fundamentais contêm direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, representando uma ordem objetiva de valores que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do Direito, fornecendo diretrizes e impulsos para a legislação, a administração pública e a jurisprudência.

As constituições modernas têm como base o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem. Para o reconhecimento e a efetiva proteção desses direitos em cada Estado e no sistema internacional, a paz é um pressuposto necessário.

Para se chegar ao ideal da paz perpétua, o processo de democratização do sistema internacional é indispensável, até mesmo porque não se pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem acima de cada Estado.

Como visto, sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia não pode haver um sistema de solução pacífica dos conflitos. Dessa forma, percebemos que são três os momentos necessários ao movimento histórico: direitos do homem, democracia e paz.

Os súditos se tornam cidadãos com o reconhecimento de alguns direitos fundamentais. Concluindo, a democracia é a sociedade dos cidadãos.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Ao contrário das anteriores, a nossa atual Carta Magna, enaltecendo o ser humano como finalidade última do Estado, tratou dos direitos fundamentais no início de suas disposições, após o que disciplinou a organização do Estado. Um importante avanço foi a previsão dos direitos sociais em capítulo próprio, evidenciando seu caráter de direitos fundamentais. Outra relevante inovação foi a ampliação do rol de direitos fundamentais, contemplando direitos das quatro dimensões. Além disso, previu uma cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais, em face do disposto no seu art. 5º, § 2º.

Deve ser ressaltado ainda que todos os direitos fundamentais, quer expressos, quer implícitos no texto constitucional, quer decorrentes de tratados, encontram-se protegidos pela cláusula de eternidade ou de irredutibilidade, de acordo com o art. 60, § 4º, inciso IV.

Além disso, a Constituição Federal previu o princípio da reserva legal, criou mecanismos para coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, bem como explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade. No entanto, a mais destacada mudança é a que determina a aplicabilidade imediata de todas as normas de direito fundamental, nos termos do art. 5º, § 1º.

Percebe-se, portanto, a existência no Direito pátrio de um Sistema de Direitos Fundamentais, caracterizado pela autonomia no âmbito do sistema constitucional que integra.

A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Questão que gera bastante dúvida refere-se à eficácia jurídica das normas constitucionais, pois algumas delas não possuem aplicação direta e imediata.

Segundo a nossa Constituição, as normas de direito fundamental não dependem de qualquer interferência do legislador para serem efetivas, pois possuem aplicação imediata. Todavia, a questão não é tão simples, porque algumas delas não são dotadas da mesma carga eficaz.

Para chegarmos a bom termo, é indispensável levar em consideração as múltiplas funções desempenhadas por esses direitos, quais sejam, funções de defesa e de prestação, e as variadas técnicas de sua positivação. É preciso, no entanto, entender que, independentemente de seu grau de eficácia, as normas de direitos fundamentais devem ter aplicação imediata.

Para isso, devemos estudar o alcance do preceito em exame e verificar se este se aplica a todos os direitos fundamentais ou somente àqueles previstos no art. 5º da Constituição.

O princípio da aplicabilidade imediata deve ser observado em todas as normas de direito fundamental, inclusive naquelas não previstas no art. 5º, ou na própria Constituição, desde que possuam a fundamentalidade material, em razão da marcada indivisibilidade que caracteriza os direitos fundamentais.

Na doutrina existem duas posições. Uma entende que o art. 5º, § 1º só deve ser aplicado às normas que são completas; outra, defende a imediata aplicação, inclusive das normas de caráter programático.

A primeira posição deve ser descartada, pois não se coaduna com o espírito da Constituição. Outrossim, como

princípio hermenêutico temos que deve ser extraído do texto interpretado a sua máxima utilidade e efetividade.

Canotilho e Vital Moreira defendem que as normas de direitos fundamentais são de eficácia imediata. Essa posição deve ser vista sob dois prismas: aplicam-se independentemente de intermediação legislativa e reprimem a lei quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

Buscando o método histórico de interpretação, verificamos que foi essa a intenção do legislador durante a votação em favor da direta e imediata aplicação das normas definidoras de direitos fundamentais.

Dessa forma, torna-se despicíenda a utilização do mandado de injunção e das ações de controle das omissões, tais como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento, também por omissão.

Além disso, nosso ordenamento jurídico permite que qualquer órgão do Poder Judiciário remova lacunas indesejadas por meio da aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, sem que isto afronte o princípio constitucional da separação dos poderes.

O PODER JUDICIÁRIO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Normas de direitos fundamentais definem aquilo que o legislador legitimado democraticamente pode e aquilo que ele não pode decidir, porque vinculam o Legislativo, como ocorre com a Constituição alemã. Tais normas representam proibições e deveres que restringem a liberdade do legislador, limitando a sua atuação.

Existe, portanto, uma colisão entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais, a significar que o problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente, e não destituível eleitoralmente, é inevitável e permanente.

Uma questão muito importante consiste em saber se e em que medida os direitos fundamentais são, do ponto de vista do Direito Constitucional, tão importantes que a decisão sobre eles não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

Ninguém pode ter a certeza de que o legislador futuro não utilizará as liberdades e competências de forma desfavorável aos indivíduos.

Os direitos de proteção significam que os direitos fundamentais podem ser exigidos por seu titular em face do Estado, e que este deve protegê-los contra intervenções do Poder Público. Tais direitos abarcam a proteção por meio de normas de direito penal, de responsabilidade civil, de direito processual, bem como de atos administrativos e de ações fáticas. Ou seja, os direitos à proteção são direitos subjetivos a ações positivas fáticas ou normativas em face do Estado.

As tarefas clássicas da ordem jurídica são delimitar as esferas dos sujeitos de direito de mesma hierarquia e garantir a exigibilidade e a realização dessa demarcação.

Quando o Estado não cumpre de forma suficiente seu dever de proteção, é possível falar em violação a direito fundamental. Assim, o legislador não pode partir de qualquer prognóstico e o tribunal constitucional não pode, sem limites, substituir o prognóstico do legislador pelo seu próprio. Por outro lado, não se pode formular uma regra simples que

delimite em todos os casos a competência de prognósticos do legislador e a de controle pelo tribunal constitucional.

Nixon argumentava que a Suprema Corte estaria usurpando poderes que, por direito, pertenciam a outras instituições.

A ideia de que a Suprema Corte está excedendo os limites de sua autoridade legítima é defendida pelos conservadores. Por isso, os políticos têm discutido formas de limitar tal autoridade através da legislação.

Os argumentos políticos não possuem uma teoria do direito, mas simples frases de efeito da retórica conservadora, de forma a demonstrar sua aversão a qualquer decisão judicial que pareça ampliar os direitos individuais contra a autoridade constituída.

A teoria constitucional defendida pelos políticos baseia-se em uma teoria da supremacia das maiorias. A Constituição tem a finalidade de proteger os cidadãos contra as decisões da maioria, mesmo quando ela age visando o que considera ser o interesse geral ou comum.

Para se interferir na prática democrática, é necessária uma justificação. Essa justificação, muitas vezes, é obtida através de um apelo aos direitos morais que os indivíduos possuem contra a maioria.

Uma interpretação estrita do texto da Constituição produz uma concepção estreita dos direitos constitucionais, pois restringe esses direitos àqueles reconhecidos por um grupo limitado de pessoas em um momento determinado da história.

Essa ideia força os defensores de um conjunto mais liberal de direitos a reconhecer que estão se distanciando da autoridade estritamente jurídica, o que alguns justificam através de um apelo à *desejabilidade* dos resultados a que chegam.

Caso a Suprema Corte justifique suas decisões através de direitos morais em vez de baseá-las no direito positivo, estará usurpando o lugar do Legislativo, porque a tarefa deste Poder, representante da maioria, consiste em decidir as preferências que são dominantes.

Nixon afirmava que os tribunais não devem decidir questões controversas de moralidade política, e sim deixar essas decisões a outras áreas do governo. Tal ideia parte do pressuposto de que em uma democracia todas as questões não resolvidas, inclusive aquelas relativas a princípios morais e políticos, devem ser solucionadas por instituições politicamente responsabilizáveis, de modo que os tribunais não o seriam.

O Poder Legislativo, assim como ocorre com outras instituições democráticas, estaria habilitado a tomar decisões constitucionais, independentemente de sua efetiva capacidade de decidir melhor. No entanto, como lembra o emérito Eduardo Appio: "Se este núcleo essencial não pode ser suprimido pelo Estado, então cabe ao Judiciário garantir, por meio do ativismo, na forma de juízos de razoabilidade, quais direitos são apontados como fundamentais e qual é o limite máximo para sua regulação estatal".¹

Isso encontra fundamento na ideia de que mais justo é permitir que uma maioria, e não uma minoria, decida qualquer problema. Entretanto, tal argumento ignora o fato de que as decisões a respeito dos direitos contrários à maioria não podem ficar a cargo desta, em virtude do princípio da equidade.

Não é justo que a maioria julgue em causa própria. Dessa forma, parece que os princípios de justiça e democracia se contrapõem. Esse fato foi reconhecido pelo Juiz Marshall, Presidente da Suprema Corte Americana, ao julgar o caso ▷

Marbury v. Madison, em que ficou decidido que aquela Corte pode revisar as decisões legislativas contrárias à constituição. Argumentou-se que a constituição estabelece que ela própria é a lei suprema do país, motivo pelo qual os tribunais em geral e a Suprema Corte devem ter o poder de declarar nulas as leis que violam a constituição.

Deve-se reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário verificar a compatibilidade dos meios idealizados pelo legislador para atingir determinado fim, entre as várias opções políticas que lhe eram possíveis quando da elaboração da lei.

CONCLUSÃO

A constituição vale tal como interpretada pelo Tribunal Constitucional. A solução de casos envolvendo a tutela judicial dos direitos fundamentais no Brasil tem tomado por base a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Federal da Alemanha, inclusive incorporando ao ordenamento jurídico pátrio o controle concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos.

Nos países em que há deferência à democracia constitucional, como na Alemanha, a dignidade da pessoa humana é considerada núcleo central dos respectivos ordenamentos jurídicos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a necessidade de proteger as minorias foi reforçada, por se constatar que o ser humano tem propensão a exercer o papel de opressor.

Nesse passo, é importante transcrever os ensinamentos do jurista Hans Kelsen:

Hoje, após uma experiência de mais de meio século, verifica-se uma reação contra a onipotência parlamentar, em especial contra a liberdade quase ilimitada de legislar, que a Constituição de 1875 atribuiu ao Parlamento. Os promotores dessa reação não vão mais procurar apenas na América os argumentos úteis para restaurar em nosso país a noção de Constituição, mediante a introdução de um controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis. Na própria Europa, os argumentos lhes são fornecidos seja por Estados que, como a Áustria, já consagraram a instituição de um tribunal constitucional, seja em Estados, como o Império alemão, nos quais, não obstante o deliberado silêncio da Constituição, o movimento a favor do controle ganha continuamente terreno na doutrina, a qual já é capaz de se apoiar em decisões judiciais.²

A proteção conferida à dignidade da pessoa humana varia desde a eliminação de qualquer vestígio de discriminação racial nas leis até a ampliação dos direitos sociais previstos na Constituição.

A aplicação do direito deve ser feita por autoridade pública como o juiz, que exerce seu discernimento pessoal, o que significa ir além do direito na busca por algum tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na contemplação de regra já existente.

Não podemos perder de vista que o juiz não é pressionado pelas demandas da maioria política e, portanto, encontra-se em melhor posição para avaliar o caso concreto. ■

NOTAS

- 1 In: *Direito das Minorias*. São Paulo: RT, 2008, p. 193.
- 2 In: *Jurisdição Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 207-208.

JOÃO PAULO PIRÓPO DE ABREU é Juiz Federal Substituto da 5ª Vara da Seção Judiciária da Bahia.

RDT
REVISTA DO DIREITO TRABALHISTA

COM A REVISTA DO DIREITO TRABALHISTA,
VOCÊ NUNCA FICARÁ SEM SAÍDA!

RDT
REVISTA DO DIREITO TRABALHISTA

SALÁRIO
CONSTITUCIONALIDADE

BIBLIOTECA TRABALHISTA

DIALEX

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA DO TST

www.consulex.com.br/assinatura