

ADVOCATUS

Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB/PE

PERNAMBUCO

Ano 3 Junho 2010 Número 4

Jayme Asfora faz um balanço da sua administração

Henrique Mariano analisa os próximos desafios da OAB-PE

ARTIGOS:

A Advocacia Pro Bono como instrumento de acesso a justiça:
Um estudo sobre o exercício do direito voluntário.

O espaço normativo do cidadão
As possibilidades do Direito Constitucional

Assédio moral na relação de emprego
A evolução do direito à dignidade

No Século XXI A Escritura será Eletrônica e a Assinatura Digital

Conheça os novos produtos do Tabelionato Figueiredo que podem facilitar a prestação de serviços jurídicos, para maior segurança e comodidade dos seus clientes.

- Escrituras e procurações eletrônicas
- Emissão de certificados digitais
- Ata notarial de página de Internet
- Digitalização de processos e documentos



EXPEDIENTE

Diretoria da OAB-PE**Presidente**

Henrique Neves Mariano

Vice-Presidente

Catarina Almeida de Oliveira

Secretário-Geral

Pelópidas Soares Neto

Secretário-Geral Adjunto

Leonardo Santana da Silva Coelho

Tesoureiro

Hebron Costa Cruz de Oliveira

*

Diretoria da ESA-PE**Diretor-Geral**

Ronnie Preuss Duarte

Diretor-Tesoureiro

Gustavo Ramiro Costa Neto

Diretor-Secretário

José Pandolfi Neto

Diretor Cultural

Venceslau Tavares Costa Filho

Diretor de Comunicação

William Ferreira de Melo

*

Conselho Editorial**Presidente**

Ronnie Preuss Duarte

Membros

Gustavo Ramiro Costa Neto

José Pandolfi Neto

Venceslau Tavares Costa Filho

William Ferreira de Melo

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo Carneiro da Cunha

Inácio José Feitosa Neto

*

Projeto gráfico e realização:

Mais Comunicação

Fotografia:

Ricardo Almôedo e Léo Caldas (Ag. Titular)

Diagramação:

Paulo Henrique Candido de Jesus

Coordenação do Projeto:

Fábio Ferreira Gueiros

Manuella Asfora Russell

Jornalismo:

Executiva Press

Heliane Rosenthal DRT 2290

Comercialização: Mais Comunicação

Fone: 81 2128-3333

E-mail: contato@sejamais.com.br

Tiragem: 16.000 exemplares

Impressão: Gráfica Santa Marta

*

A revista *Advocatus Pernambuco* é uma publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB-PE.

A revista *Advocatus Pernambuco* não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de suas matérias só é permitida desde que citada a fonte.

**ESA - OAB-PE**

Rua do Imperador Dom Pedro II, 307
Edf. Armando Monteiro Filho, 1º Andar
Santo Antônio - Recife-PE

CEP: 50010-240

e-mail: esape@smartsat.com.br

Fone: (81) 3224-7282

Fax: (81) 3224-2425

ENTREVISTA

Jayme Asfora e Henrique Mariano

07

ARTIGOSA Advocacia *pro bono* como instrumento de concretização do direito constitucional de acesso à justiça

Bruno César Maciel Braga

15

O papel relevante da Sociedade em Conta de Participação (SCP) no desenvolvimento da advocacia brasileira.

Antonio Mario de Abreu Pinto

21

Breves reflexões sobre o ano internacional da biodiversidade

Cristiano Carrilho

27

Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego

Rodolfo Pamplona Filho

31

Uma nova base para o Direito Contratual

Gladston Mamede

42

Não aplicação da Lei 11.638 ao Regime das Micro Empresas *Desnecessidade de Auditoria de balanço ao Regime do SuperSimples*.

Walter Giuseppe Manzi e Thiago Millet

51

Simulação da loucura: óbice para constatação do estado mental do autor do fato

Márcia Helena da Mota Quirino

57

Comentários à legislação da contribuição de melhoria

Renato Evaristo da Cruz Gouveia Neto

64

Responsabilidade das agências reguladoras frente aos consumidores

Ana Karina Ciríaco Fragoso

75

Estudo de Impacto Ambiental (EIA): origem, interpretação e aplicação do National Environmental Policy Act (NEPA) no sistema jurídico norte-americano.

Antônio F. G. Beltrão

80

Agentes Políticos e Lei de Improbidade administrativa: *da origem às recentes decisões do STF*

Gentil Ferreira de Souza Neto

91

Controle incidental de constitucionalidade

Teodomiro Noronha Cardozo

101

Mandado de injunção e efetividade dos direitos fundamentais.

Hugo Filardi

104

JURISPRUDÊNCIA

TJPE - 5ª Câmara Cível

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SIMPLES INTERPOSIÇÃO DESSES ÚLTIMOS. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO.

Relator: Des. Antônio Carlos Alves da Silva

109

TRT - 6ª Região - 2ª Turma

EMENTA: VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ÔNUS DA PROVA.

Relator: Des. Fed. do Trabalho Acácio Júlio Kezen Caldeira

111

TRF - 5ª Região - 1ª Turma

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. APELAÇÕES. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. DESACOLHIDA. MÉRITO. AÇÃO DECLARATÓRIA. COISA JULGADA. MATÉRIA DE FATO. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. QUESTÃO FÁTICA SUFICIENTE PARA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTURAL.

Relator: Juiz Francisco Cavalcanti

115

MODELOS

Reclamação Trabalhista - Assédio Moral

121

Ação declaratória de filiação socioafetiva

128

Agravo Regimental - Liberação de valores para cirurgia no exterior

132

*Verão por 10 dias em apartamento a DBL, incluindo: 10 dias em Praia, incluindo no extremo do terreno da praia. Promoção válida para reservas no período entre 30/06 e 31/08/2016.

Seja Pé-Quente. É só Colocar o seu Na Areia.



Promoção 10 Verões Nº 3 • Summer na Copa
Cafê da Manhã, Almoço e Jantar + 2 Crianças Free + Estrutura para os Jogos
Diárias a partir de R\$465,00*

Venda exclusiva pela central de reservas - Recife 81 3302.4446 - São Paulo 11 3257.0962





Henrique Neves Mariano
Presidente da OAB-PE



Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Geral da ESA/PE

Prezado(a) colega,

É com enorme satisfação que fazemos chegar às suas mãos a 4ª Edição da Revista Advocatus, sendo esta a primeira editada durante a atual gestão da OAB/PE, inaugurando uma nova etapa da publicação, agora oficialmente reconhecida como uma publicação científica, com a atribuição do ISSN.

Dando continuidade ao exitoso projeto editorial – reconhecido nacionalmente pela qualidade e ostentando a condição de segundo periódico jurídico em circulação do País – a Revista Advocatus continua sendo distribuída gratuitamente a 16.000 colegas em todo o estado de Pernambuco.

Na presente edição, brindamos os (as) nossos (as) colegas com uma dupla entrevista: Jayme Asfora, ex-presidente da OAB/PE, e Henrique Mariano, o atual, tratando respectivamente das realizações da gestão finda e dos projetos a serem implementados pela nova administração da OAB/PE.

Para além das entrevistas, o conteúdo editorial, criteriosamente selecionado, traz artigos, precedentes jurisprudenciais e modelos de peças de grande utilidade prática para os (as) advogados (as) pernambucanos (as), mantendo o excelente nível técnico da publicação.

Reafirmamos o compromisso da Revista Advocatus de ser um veículo feito por advogados e para os advogados (as) pernambucanos (as), sendo um espaço aberto àqueles interessados em compartilhar os conhecimentos com os demais membros da classe, mediante o envio de artigos, modelos, críticas ou sugestões para o endereço: culturaesa@smartsat.com.br.

Aproveitem a leitura!

Henrique Neves Mariano
Presidente da OAB-PE

Ronnie Preuss Duarte
Diretor-Geral da ESA-PE



Estude na melhor **Business School** do Nordeste.

Cursos de pós-graduação

Direito e Processo do Trabalho • Direito Eleitoral

Direito Processual (Civil, Penal, Constitucional e Trabalhista)

Programa de Desenvolvimento de Executivos

O Programa de Desenvolvimento de Executivos - PDE, é a opção ideal para os juristas que querem se atualizar e conhecer melhor os fundamentos do Direito. Por isso, faça o Módulo Jurídico do Programa de Desenvolvimento de Executivos ou uma ou mais disciplinas que se encaixam nas suas necessidades. Escolha o seu curso e comece já a se diferenciar.

Módulo Jurídico

Fundamentos do Direito Empresarial - 16h • Direito do Consumidor - 16h • Legislação e Resoluções Trabalhistas - 20h • Direito das Relações Internacionais - 30h

Módulo Gestão de Pessoas

Técnicas de Entrevista e Seleção - 30h • Técnicas de Negociação - 15h • Gestão da Captação e Retenção de Talentos - 16h

Liderança Situacional - 15h • Gestão de Avaliação de Resultados e Desempenho - 30h • Competências Gerenciais para o Executivo de RH - 16h

Módulo Finanças

Orçamento Empresarial - 30h • Gestão e Formação de Preços - 30h • Análise de Balanço - 30h • Custos e Formação de Preços Industriais - 30h

Contabilidade para Executivos com Foco em Pequenas e Microempresas - 30h • Contabilidade para Não Contadores - 30h

Análise de Projetos de Investimento - 20h • Administração de Capital de Giro - 20h

Tecnologia da Informação Aplicada à Controladoria - 20h

Módulo Comunicação

Fundamentos da Comunicação - 30h • Comunicação Empresarial - 30h • Planejamento de Mídia - 15h • Mídia Trade - 24h

Ações em Propaganda e Publicidade - 30h • Endomarketing e Programas de Incentivo - 30h • Relações com a Mídia - 30h

Módulo Logística

Gestão de Logística e Suprimentos - 30h • Logística Integrada e Supply Chain Management - 15h • Custos Logísticos - 20h

Logística Tributária - 10h • Tecnologia e Sistemas de Informação Aplicação à Logística - 30h

Módulo Empresarial

Balanced Score Card (BSC) - 30h • Gestão de Projetos - 24h • Gestão Empresarial - 30h • Empreendedorismo - 30h

Gestão de Qualidade - 24h • Governança Corporativa - 20h • Gerenciamento da Informação - 30h • Criatividade e Inovação - 30h

DENTRE OUTROS



pos2@mauricionassau.com.br | assessoria@pos.mauricionassau.com.br | posgraduacao.mauriciodenassau.edu.br

Recife - (81) 3413.4603 | João Pessoa - (83) 2107.5959 | Salvador - (71) 3505.4520 | Maceió - (82) 3036.2271 | Natal - (84) 3344.7800



Jayme Asfora

O atual conselheiro federal da OAB por Pernambuco, Jayme Asfora, encerrou sua gestão à frente da Seccional Pernambuco no último dia 31 de dezembro. Contando com um alto índice de aprovação, Asfora deixou na OAB-PE a marca da inovação, da reinserção da Ordem nas grandes discussões do Estado e de um trabalho voltado para os advogados dos quatro cantos do Estado. Agora, o conselheiro foi escolhido pelo presidente nacional da entidade, Ophir Cavalcante, para cumprir outro grande desafio: comandar a Comissão Nacional de Direitos Humanos. Nessa entrevista, ele comenta o trabalho realizado à frente da entidade.

REVISTA ADVOCATUS - Qual o balanço que o senhor faz da sua gestão à frente da OAB-PE entre 2007 e 2009?

JAYME ASFORA - Em nossa gestão, implantamos uma transformação conceitual na OAB-PE que deixou de ser uma entidade voltada para poucos e tornou-se uma instituição de todas as advogadas e de todos os advogados pernambucanos. Nossas ações foram realizadas a partir das necessidades detectadas junto aos próprios advogados. A advocacia pernambucana, por sua vez, mostrou ter retomado a vontade de participar do dia a dia da sua entidade.

RA - Quais as ações que considera como as mais importantes da sua gestão?

JA - Todas tiveram a sua importância. Encontramos uma OAB-PE afastada do advogado. Atuamos para resgatar a auto-estima do advogado. Quando assumimos a entidade, o nível de inadimplência, por exemplo, era de 60%. Ao final de nossa gestão, tinha caído para 40%. Isso mostra que milhares de advogados e advogadas decidiram regularizar sua situação porque passou a valer mais a pena estar em dia e usufruir dos novos serviços que passamos a oferecer como os planos UniO-AB (em parceria com a Unimed Recife) e OABPrev, os cursos de pós-graduação, o Recorte Digital, a Livraria da CAAPE, os inúmeros convênios, entre outros. Outra ação considerada, particularmente, vitoriosa foi a instalação do Plantão das Prerrogativas.

RA - A OAB tem papel importante na fiscalização da garantia dos direitos dos cidadãos. Como este trabalho foi desempenhado durante a sua gestão?

JA - Um direito básico do cidadão é o direito à justiça rápida. Justiça lenta não é justiça. A OAB tem que lutar pelos Direitos Humanos. Durante a nossa gestão, lutamos muito pela saúde pública em Pernambuco, para que ela realmente viesse a atender às necessidades da população. Nós lutamos muito para que as condições fossem melhoradas junto ao Cremepe e ao Sindicato dos Médicos. Fomos contra a privatização da saúde. Somos a favor da construção de novos hospitais, mas não apoiamos as OSS. Insistimos para que o Pacto Pela Vida desse resultado, pressionando as entidades responsáveis. Buscamos trabalhar em parceria com o foro LGBT para combater a homofobia. Recentemente, solicitamos a edição de um provimento com o objetivo de garantir que os cartórios do Estado sejam obrigados a registrar contratos de união estável homoafetiva. As pessoas precisam entender que a OAB tem que funcionar como a casa da sociedade, onde o cidadão se sinta a vontade.

RA - O senhor considera que as mudanças imprimidas à OAB-PE permitiram que a sociedade se tornasse mais próxima da entidade?

JA - Sinto que as pessoas voltaram a confiar na OAB. Pudemos comprovar através de emails que recebemos, cartas aos jornais, onde a sociedade civil agradecia pela existência

da entidade. É muito prazeroso fazer parte de uma instituição como a OAB. Estou consciente que é um trabalho de equipe, de grupo. O Ronnie Duarte, o Henrique Mariano, Leonardo Accioly, entre outros, as comissões trabalhando conjuntamente. Todos foram fundamentais para o resgate da credibilidade da OAB.

RA – O projeto dos cursos de pós-graduação foi iniciado em sua gestão. Por que consideras essa uma das iniciativas mais importantes?

JA - Sem dúvida, este foi um dos projetos mais inovadores oferecidos pela OAB-PE. Além de oferecer pós-graduações em diversas áreas, os custos cobrados têm o diferencial de serem os mais baratos do País: R\$ 150 por mês. Assim, facilitamos o acesso para toda a advocacia. Ao iniciarmos nossa gestão, vimos que a Escola Superior da Advocacia Professor Ruy Antunes precisava, urgentemente, estar conectada com as novas demandas do mercado de trabalho. As pós-graduações da ESA, por serem mais acessíveis, geram oportunidades a todos os advogados. Também criamos a Revista *Advocatus*, um dos projetos exitosos da gestão, uma publicação que contém artigos científicos e hoje é a segunda maior publicação jurídica do país.

RA – Os advogados pernambucanos e a própria sociedade comentam que a OAB-PE, a partir de sua gestão, retomou a importância que tinha nas discussões de interesse do Estado e do País. Como isso aconteceu?

JA - A OAB, ao longo de sua existência, sempre foi protagonista da história de Pernambuco e do País. Mas há alguns anos, a entidade não vinha sendo mais ouvida e nem desempenhava o papel que lhe cabia. Durante nossa gestão, marcamos nossa posição sempre que acreditamos ser importante fazê-lo. Foi assim, por exemplo, quando levantamos a bandeira pelo fim do nepotismo em todos os Poderes. E também quando discutimos a questão da violência e da melhoria da saúde pública.

RA – O senhor acompanhou o Caso Maristela Just, em Pernambuco, e as declarações do advogado Gil Teobaldo com relação ao filho. Como o senhor se posicionou em relação ao julgamento?

JA - Este caso exemplifica como é importante a OAB estar perto da sociedade. Este advogado deve ser punido. São declarações que incitam a violência e que mostram a importância de a entidade estar sintonizada com o que está acontecendo na sociedade. Mostra também como a OAB é forte e como pode ficar ainda mais forte se a população procurá-la cada vez mais. Estarei acompanhando os desdobramentos pela Comissão de Direitos Humanos da OAB e a OAB/PE também vai acompanhar. Um caso que dura 21 anos para ser julgado mostra que a gente tem muito que trabalhar. Os filhos de Maristela Just cresceram com o signo da impunidade e isto tem que mudar. Mostra também que estamos no caminho correto, mas que ainda vai exigir muitos passos. Ver o assassino ser preso pode significar uma vitória de uma batalha, a guerra contra a impunidade ainda existe. A vitória com a condenação do júri pode significar o fim de apenas uma das etapas. A luta continua e tem que continuar.

RA – Quais os desafios da OAB-PE hoje?

JA - A OAB precisa inserir o advogado no processo eletrônico, que permite a virtualização do processo judicial. Isso pode ser feito buscando-se linhas de financiamento para a compra de equipamentos, além de assegurar que o advogado tenha acesso a esse sistema. É um caminho para combater a morosidade, um dos maiores males do judiciário. Outro problema é o difícil acesso – caro e muitas vezes negado – a quem não pode pagar um advogado. Temos que lutar por uma defensoria pública eficiente e estruturada, que atenda à população. O que abre mais o mercado para os advogados também. Outro grande desafio da OAB de hoje, que já está sendo enfrentado na atual gestão, é criar um código de procedimento judiciário, no sentido de melhorar a gestão do judiciário. E, de um modo geral, a OAB não pode deixar de ficar próxima à sociedade. Estamos lutando pelo programa Ficha Limpa, contra o foro privilegiado, além das ações para interiorizar cada vez mais a entidade.

RA – O que os advogados e a sociedade podem esperar da sua gestão frente à Comissão Nacional de Direitos Humanos da OAB?

JA - Podem esperar uma gestão muito aberta para a sociedade. Vamos tentar enfrentar os mesmos problemas, como por exemplo, a questão do sistema penitenciário, que é caótico no Brasil, hoje com 400 mil presos, uma superlotação. Sem falar que a maioria dos presos não tem defensoria. Vamos tratar das questões LGBT, obrigar os cartórios a garantir o atendimento a casais homoafetivos que desejem registrar contratos de união estável. Vamos formar uma rede de defesa e proteção dos direitos humanos. Um grande grupo potencialmente mais eficiente, trabalhando de forma integrada – nossa diretriz principal – onde as subseccionais, seccionais e a OAB federal atuem conjuntamente. Temos que ter o apoio de todas as comissões, para que o trabalho não seja feito só em Brasília, mas com a participação de cada membro, baseando-se no mesmo projeto, comunicando-se através dessa rede. E isso será atingido através de discussões, de uma revista virtual, página na internet, entre outras ações.

A INTERLINE, GARANTIA EM QUALIDADE, RESERVOU O MAIOR E MAIS NOVO NAVIO DO MUNDO PARA VOCÊ APROVEITAR O CARNAVAL 2011

ALLURE OF THE SEAS



A PARTIR DE
10x
R\$ **165**,00*

7 NOITES COM TODO LUXO

A BORDO DO MAIOR E MAIS NOVO NAVIO DO MUNDO
Conte com o atendimento personalizado da Interline e realize seu sonho. Programe a sua viagem com quem tem mais de 70 anos de experiência satisfazendo seus clientes. Conheça nossas opções de aereo e terrestre.



VISITANDO BAHAMAS, ST THOMAS E ST MAARTEN



VALE COM QUEM OLHA DE VOCE

Tel: 51 3578.1515 | WWW.CARNAVALLIALLURE.COM.BR | WWW.CARNAVALLIALLUREWINTERLINE.COM.BR

Interline Turismo, responsável por mais de 10 milhões de viagens ao redor do mundo, possui 70 anos de experiência e é o maior agente de viagens do Brasil. Possui 200 filiais e é responsável por mais de 10 milhões de viagens ao redor do mundo. Possui 70 anos de experiência e é o maior agente de viagens do Brasil.



Henrique Mariano

Henrique Mariano comandará a OAB-PE até o dia 31 de dezembro de 2012 e já tem pautado sua gestão por projetos que visem ampliar os serviços prestados aos advogados, colaborar para a redução da morosidade judicial e garantir a presença da entidade nas grandes discussões da sociedade. Em pouco menos de seis meses, Mariano já inclui em seu histórico ações importantes voltadas à advocacia como o convênio com a Escola Superior da Magistratura do Trabalho (Esmatra) para a realização de pós-graduações em Caruaru e Petrolina. Até agosto de 2010, serão lançados pós-graduações nas cidade de Garanhuns e Timbaúba.

REVISTA ADVOCATUS – Nestes primeiros seis meses à frente da OAB-PE, que ações já realizadas o senhor destacaria?

HENRIQUE MARIANO – Estamos trabalho ininterruptamente desde o dia 1º de janeiro com o objetivo de cumprirmos as metas impostas por nós mesmos e apresentadas aos advogados durante a campanha. Desta forma, já realizamos ações importantes como o convênio com a Esmatra, fortalecendo o projeto de interiorização da ESA. A OAB/PE, através da ESA, conseguiu compatibilizar a qualidade dos cursos de pós-graduações com preço verdadeiramente acessível aos advogados pernambucanos. Instituímos ainda a comissão que vai elaborar o anteprojeto de Lei Complementar, objetivando a instituição do Código de Procedimentos Processuais do Estado de Pernambuco, o qual terá por objeto uniformizar no âmbito do nosso Estado questões procedimentais importantes, tais como, autuações, editais, hastas públicas, depósitos de valores, expedições de certidões, cargas processuais, arquivos físicos e eletrônicos, cartas precatórias, protocolo integrado, Sistema de Documentos, Distribuição e de Protocolos Processuais por Meio Digital, conciliação, mediação e arbitragem, etc. Após o término dos trabalhos, a OAB/PE remeterá o anteprojeto ao Tribunal de Justiça de Pernambuco a fim de que, após prévia análise, seja o mesmo remetido à Assembléia Legislativa do Estado como iniciativa conjunta da OAB/PE e do Egrégio Tribunal de Justiça.

RA– Quais as ações já foram desenvolvidas visando o cumprir a promessa de campanha relativa à interiori-

zação da OAB/PE.

HM – Além dos cursos de pós-graduações desenvolvidos pela ESA, já nominados, até o final deste semestre inauguraremos a nova sede da subseccional de Petrolina, cujo projeto foi viabilizado perante o Conselho Federal na gestão do presidente Jayme Asfora. Além de Petrolina, iremos inaugurar a nova sede da subseccional de Limoeiro e já contratamos empresa construtora para recuperação e reforma total da subseccional de Paulista. Estamos, também, em fase de conclusão da nova sede da subseccional de Jaboatão dos Guararapes, iniciada na gestão passada.

RA – O senhor sempre afirmou que pretende consolidar a OAB/PE como uma instituição prestadora de serviços ao advogado. Como estão esses projetos ?

HM – Como todos sabem, no período de 2007 a 2009 a OAB/PE avançou muito, implementando serviços nunca oferecidos pela Ordem, tais como, recorte digital, cursos de pós-graduaçã, lançamento de um novo plano de saúde - o UniOAB -, previdência complementar OABPrev, Livraria da CAAPE, convênios com diversas empresas públicas e privadas nas áreas de prestação de serviços e comércio, etc. A CAAPE, que tive a honra de presidir na gestão de Jayme Asfora, através da sua atual diretoria, presidida pelo advogado Roney Lemos, vem trabalhando fortemente para ampliar os serviços oferecidos pela Ordem. Das ações já efetivadas, podemos destacar o aditivo firmado com a Editora Revista dos Tribunais, através do qual estendemos os benefícios de descontos promocionais na compra de livros jurídicos existentes na Livraria da CAAPE aos acadêmicos de Direito e o convênio com a Pontestur que tem por objeto oferecer serviços diferenciados e descontos para os advogados em viagens, com direito a utilizar sala vip, hospedagens e pacotes turísticos, notadamente nos hotéis da rede Pontes, além de vários outros convênios e serviços novos que estão em fase final de contratação.

RA – Recentemente, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Pernambuco aprovou a edição de provimento que garante o pagamento de honorários aos advogados dativos. Que importância tem essa medida para os advogados ?

HM – Essa foi uma conquista obtida a partir de um

pleito apresentado por nós ao presidente do Tribunal de Justiça, desembargador José Fernandes de Lemos. Esse pleito teve fundamento no artigo 22 do Estatuto da Advocacia que assegura ao advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública, ter direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela do Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado. A despeito desse direito ser expresso em lei, na prática, o mesmo não era observado pelos magistrados. Esse provimento veio assegurar ao advogado um direito já consagrado na lei federal. O advogado é uma mão de obra especializada e precisa ser condignamente remunerado por sua prestação de serviços.

Para atribuir efetividade e publicidade a esse provimento, oficiamos todos os presidentes das subseccionais, bem como o Presidente da AMEPE, Dr. Emanuel Bonfim, no sentido que o provimento seja efetivamente observado e cumprido. Os honorários dos advogados dativos deverão ser pagos através de RVP- Requisitório de Pequeno Valor. No Estado de Pernambuco, a matéria é disciplinada pela Lei Complementar Estadual nº 105, de 20 de dezembro de 2007, cujo artigo 11 delimita que se considera de pequeno valor a importância igual ou inferior a 40 (quarenta) salários-mínimos, por beneficiário. Neste caso, o pagamento deve ser efetivado em 90 (noventa) dias, a contar do recebimento da requisição na Procuradoria Geral do Estado, observando-se a ordem cronológica de apresentação das requisições, conforme reza o artigo 12 da mesma LCE.

RA – Que outros desafios o senhor terá nesta sua gestão da OAB-PE?

HM – Os desafios são diários e vamos continuar sempre atuando em benefício dos advogados, defendendo firmemente as suas prerrogativas, como hoje faz a Comissão e a Promotoria de Defesa das Prerrogativas, cuja atuação dos seus membros é diariamente elogiada pelos advogados. Ademais, estamos concluindo o projeto Banco de Talentos – que funcionará como uma ferramenta importante, principalmente, para o novo advogado. Pretendemos ainda expandir o programa de pós-graduação da ESA com a criação de novas áreas de especialização (a exemplo de gás, petróleo, energia) – em face do momento econômico vivido por Pernambuco. Estamos dando continuidade ao trabalho com vistas a implementar definitivamente uma gestão profissionalizada na Ordem, que passa pela contratação de funcionários mediante seleção pública e o constante trabalho de alinhar a receita e a despesa, combatendo a inadimplência financeira. O Escritório Modelo também passará por grande reformulação física e na concepção de sua utilização, cujo projeto já está pronto. Já o TED – Tribunal de Ética e Disciplina vem atuando firmemente na instrução e julgamento dos processos. O seu presidente, Frederico Lima, elaborou proposta de novo regimento interno, o qual está em fase de estudo e análise. O novo regimento interno visará atribuir maior celeridade na instrução e julgamento dos procedimentos, com a criação de 02 (duas) câmaras específicas. Com vistas a facilitar e incentivar a adimplência dos advogados, lançamos o Plano de Inclusão Institucional, já amplamente divulgado, através do qual o advogado poderá parcelar seu débito em até 30 (trinta) meses e, com isso, utilizar

todos os serviços e programas ofertados pela Ordem. A Ouvidoria, criada na gestão passada, esta sendo comandada pelo Conselheiro Frederico Duarte, e será mais um eficaz instrumento de efetiva aproximação da Ordem com os advogados e com a sociedade civil. A viabilização dos recursos financeiros com vistas à construção da nova sede é um desafio que temos que vencer.

RA – Como a OAB-PE pretende se inserir no debate eleitoral deste ano?

HM – A OAB-PE é uma das instituições mais importantes da sociedade e defensora do Estado Democrático de Direito. Em um ano eleitoral, é dever da OAB-PE cumprir, de forma apartidária, o seu papel de discutir propostas para o Estado e para o País. Instituímos a Comissão de Direito Eleitoral com o objetivo de discutir os mecanismos de aprimoramento da democracia e do processo eleitoral deste ano. A Comissão tem uma representatividade plural e é presidida pelo Conselheiro Walber Agra. Tão logo seja iniciada a campanha, iremos realizar palestras, seminários, bem como procuraremos os candidatos majoritários para promoção de debates.

RA – Sabemos que a atuação da OAB transcende a defesa corporativa da classe dos advogados. Como a OAB/PE tem se posicionado nos temas de interesse da sociedade?

HM – De forma absolutamente clara e objetiva. Ao longo desses quase 06 (seis) meses de gestão, nos posicionamos em relação a todos os temas de grande relevância da sociedade. Temos participado de palestras e debates nas universidades e faculdades, reuniões com movimentos sociais e com outras instituições de classe, publicação de artigos, etc.. Ao longo desse período, defendemos temas de grande importância: lutamos pela aprovação do projeto ficha limpa; nos posicionamos contra a lei da mordaza; defendemos a instalação e o funcionamento da Comissão da Verdade; defendemos publicamente o horário de 08 (oito) horas para funcionamento do Poder Judiciário; participamos de vários atos de apoio ao fortalecimento da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco; ingressamos como uma ação civil pública para a defesa dos direitos difusos e coletivos dos moradores do bairro de Casa Forte; nos insurgimos contra o esvaziamento da Chesf; estamos defendendo os interesses e direitos dos adquirentes de apartamentos construídos nos chamados prédio caixão.

RA – Por último, gostaria que o senhor fizesse uma avaliação do perfil da sua gestão e qual a participação da OAB/PE no cenário nacional da advocacia ?

HM – Quando montamos a nossa chapa para disputar as eleições, o núcleo da campanha – formado por mim, Jayme Asfora, Pedro Henrique Reynaldo Alves, Pelópidas Neto, Leonardo Accioly e Hebron Cruz de Oliveira – tivemos a preocupação de montarmos um grupo plural, que representasse verdadeiramente todos os segmentos jurídicos do Estado. E assim fizemos. Temos representantes da advocacia privada, pública e da academia na nossa gestão. A nossa vice-presidente, Catarina Oliveira, juntamente com tantos outros integrantes do atual Conselho, representam a academia, importante segmento

jurídico de Pernambuco. Assim, sinto-me absolutamente motivado em continuar trabalhando em prol da advocacia pernambucana, porquanto a nossa gestão, o nosso grupo, tem uma política institucional bem definida. Eu acredito nas pessoas que integram o grupo, as quais vêm trabalhando de modo abnegado pela Ordem. Importante ressaltar, ainda, que Pernambuco conquistou, por mérito, grande espaço no cenário nacional da advocacia, o que se comprova com a importante participação de nossos conselheiros federais e advogados pernambucanos nas comissões do Conselho Federal da OAB: o conselheiro federal Jayme Asfora é presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos; o conselheiro federal Pedro Henrique Reynaldo Alves é presidente da Comissão de Acompanhamento Legislativo; o conselheiro federal Leonardo Accioly é vice-presidente da Comissão de Relações Internacionais; o conselheiro federal Emerson Leônidas é membro da Comissão Nacional de Defesa das Prerrogativas; o conselheiro federal Misael Montenegro é membro da Comissão Nacional de Exame de Ordem. Os advogados e professores pernambucanos Inácio Feitosa, Gustavo Ventura e João Maurício Adeodato são, respectivamente, membros da Escola Nacional da Advocacia, da Comissão Nacional de Direito Tributário e da Comissão Nacional de Ensino Jurídico.

SALAS DE AULA CLIMATIZADAS,
COM DATASHOW E INTERNET
SEM FIO

PROFESSORES MESTRES E
DOUTORES COM EXPERIÊNCIA
DE MERCADO

REALIZAÇÃO DE CONGRESSOS
EM TODAS AS ÁREAS

GERENCIAMENTO DE
CARREIRA COM O
NÚCLEO DE TALENTOS

ESCRITÓRIO
JURÍDICO JÚNIOR

FUTURO
DESEMBARGADOR
DE JUSTIÇA

QUEM CONQUISTA UMA
VAGA NA MELHOR FACULDADE
EM ESTRUTURA E QUALIDADE,
CONQUISTA OS MELHORES
EMPREGOS.



Vestibular 2010.2 Tradicional ou Agendado

*Consulte a relação dos cursos reconhecidos na Instituição.

O Grupo Ser Educacional sempre valorizou o campo jurídico, iniciando sua história com um curso preparatório para concursos da área. Hoje, a Faculdade Maurício de Nassau, instituição do Grupo, oferece um dos melhores cursos de Direito do Recife, com grandes resultados de seus alunos na prova da OAB. Venha para a Faculdade Maurício de Nassau e comece sua carreira jurídica com quem entende do assunto.

ORGANIZADOR



CAMPUS RECIFE - Rua Guilherme Pinto, 114, Graças | (81) 3413.4611



FAZENDO PARTE DA SUA HISTÓRIA
vestibular.mauriciodenassau.edu.br



Uma instituição do Grupo Ser Educacional



Roney J. Lemos Rodrigues de Souza

Palavra do Presidente

Prezado (a) colega,

Em janeiro de 2010 assumi a Presidência da CAAPE, um órgão social-beneficente da OAB/PE, com o desafio de manter e ampliar os benefícios concedidos aos advogados de Pernambuco, os quais foram conquistados, em sua maioria, durante o triênio 2007-2009, período em que Henrique Mariano ocupou esse cargo e atuou com afinco e dedicação, tornando-se um exemplo de competência.

Nesse contexto, destaca-se o convênio firmado com a Unimed-Recife para oferecer aos profissionais inscritos na OAB/PE um plano de saúde de qualidade, com condições e preços especiais, denominado UNIOAB.

Não menos importante é o OABPREV, um plano de aposentadoria complementar, com administração própria, sob a coordenação direta do Conselho Federal e fiscalização do Ministério da Previdência Social, através da Secretaria de Previdência Complementar – SPC, que tem a CAAPE como um dos instituidores, e, dentre outras, a CAASP - Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo.

Igualmente relevante é a livraria da CAAPE, criada por meio de parceria com a prestigiosa editora Revista dos Tribunais e que dispõe de condições exclusivas para aquisição de obras jurídicas das principais editoras do Brasil e de Portugal (Coimbra Editora), com preços e condições de pagamento diferenciados, além de oferecer facilidade de acesso, já que a venda também pode ser realizada por meio do site da CAAPE.



Darei prosseguimento ao trabalho desenvolvido anteriormente e buscarei ampliar os benefícios à classe, seja mediante a obtenção de atendimento personalizado, seja por meio de descontos, nos mais variados segmentos, tais como escolas, cursos, academias de ginástica, farmácias, óticas, revendedoras de veículos, hotéis, agências de viagens e turismo, instituições financeiras, além de implementar outras ações que sejam úteis aos advogados.

Para isso, a diretoria da CAAPE e o corpo administrativo, em sintonia com as diretorias da OAB/PE e da ESA, têm trabalhado incansavelmente a fim de que sejam cumpridos os respectivos objetivos institucionais e, muito em breve, serão anunciados novos benefícios à classe.

Saiba mais sobre os serviços disponibilizados pela CAAPE acessando o site www.caape.org.br e usufrua dos benefícios e vantagens exclusivos.

Cordialmente,

Roney J. Lemos Rodrigues de Souza
Presidente da CAAPE

A ADVOCACIA PRO BONO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Bruno César Maciel Braga

Advogado concursado da Petrobras Distribuidora S/A. Pós-graduado em Relações Internacionais (UNICAP) e em Direito da Economia e da Empresa (FGV). Ex-Presidente da Comissão de Relações Internacionais da OAB/PE (2007-2009).

Em diferentes áreas de atuação, o trabalho pro bono caracteriza-se como uma atividade gratuita, voluntária. Significado que se completa com a tradução literal do latim: uma atividade “para o bem”. Portanto, a advocacia pro bono pode ser definida como a prestação gratuita de serviços jurídicos para promover o bem, garantindo o atendimento jurídico a quem precisa.

Portanto, a advocacia para o bem representa o assessoramento jurídico voluntário a instituições privadas, sem fins lucrativos, que desenvolvam trabalhos sociais direcionados aos grupos mais vulneráveis de nossa sociedade.

Existente desde o século VI, à época da República Romana, a advocacia pro bono tem sido uma prática cada vez mais constante nos escritórios de advocacia, crescentemente preocupados com o tema da responsabilidade social empresária, que vem tomando corpo no cenário corporativo moderno, no sentido de “sintonizar-se com um mercado cada vez mais exigente quanto às posturas éticas e socialmente responsáveis. Esse fator contribui não só para reter novos profissionais e clientes, mas também, para atraí-los mais facilmente”

Por essas e outras razões que ela é definida como uma advocacia de cunho privado com notável caráter público. Hodiernamente, imperioso o seu exercício, uma vez que::

Diante da crescente necessidade das empresas assumirem seu papel social num mundo extremamente carente como o nosso, surge a oportunidade, pois, àquelas que transitam na seara jurídica, da chamada advocacia “Pro Bono”. O amadurecimento de projetos desta natureza é incrementado por duas razões preponderantes: (1) a impossibilidade de se pagar um advogado pela grande maioria e (2) a deficiência do Estado em garantir a todo cidadão o direito, constitucionalmente assegurado, de acesso à Justiça, em virtude da vultosa demanda não suportada pela atual estrutura da Defensoria Pública.

A importância da advocacia pro bono é indubitosa, pois além de produzir uma natural satisfação no profissional que a realiza, serve também como instrumento de análise para que escritórios de advocacia, assim como companhias

Sumário:

1. Introdução; 2. Breves considerações sobre a advocacia pro bono; 3. Desmistificando a Resolução Pro Bono; 4. O desenvolvimento da advocacia do bem no Brasil: a busca por uma regulamentação nacional; 5. Os números internacionais; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente ensaio tem por finalidade apresentar aos advogados, de uma maneira bastante didática, uma excelente maneira de ser fazer o bem, através de uma atividade simples e prática, que é a advocacia *pro bono*.

Nessa esteira, delinear-se-ão conceitos, características, vantagens e regulamentação, além de dados estatísticos no Brasil e no exterior sobre tal matéria, pontuando-se algumas dificuldades enfrentadas ao pleno exercício deste trabalho jurídico voluntário nos quatro cantos do país.

Em seguida, será apresentada conclusão acerca da viabilidade e legitimidade da atividade em discussão, trazendo considerações sobre a própria essência do direito e o papel do advogado na sociedade.

2. Breves considerações sobre a advocacia pro bono.

De início, oportuna a transcrição do conceito de atividade (e advocacia) pro bono, nos precisos termos em que se encontram dispostos no “Guia prático para escritórios” lançado pelo CESA – Centro de Estudo das Sociedades de Advogados:

que detenham quadro de advogados próprio, percebam sua própria organização interna.

Isto porque, ao estabelecerem projetos, treinarem profissionais e analisarem as metas atingidas ou não quanto a esta atividade, podem obter o reflexo (produtividade/eficiência), o qual pode servir de espelho para toda a estrutura de uma maneira geral.

3. Desmistificando a Resolução Pro Bono.

No Brasil, até bem pouco tempo atrás, havia apenas uma regulamentação sobre a Advocacia pro bono, oriunda da Seccional paulistana da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual fora publicada em 19 de agosto de 2002, refletindo a primeira disposição legal sobre a matéria, ampliando o trato da questão e as discussões sobre sua natureza e abrangência.

Apenas recentemente, precisamente em 24/09/2008, por ocasião da 9ª conferência estadual dos advogados de Alagoas, é que surgiu a segunda regulamentação da matéria, a partir da assinatura, pelo Presidente da Seccional da OAB daquele Estado, de Resolução nos mesmos moldes da já existente em São Paulo.

Para melhor compreensão do tema, transcrevem-se, artigo por artigo, as disposições constantes da Resolução paulista, com os comentários correspondentes, de forma bastante sintética e objetiva:

Artigo 1º. As atividades pro bono são de assessoria e consultoria jurídicas, permitindo-se excepcionalmente a atividade jurisdicional.

Parágrafo único. Ocorrendo honorários sucumbenciais, os mesmos serão revertidos à entidade beneficiária dos serviços, por meio de doação celebrada pelo advogado ou sociedade de advogados prestadores da atividade pro bono.

A advocacia para o bem tem como foco primeiro a prestação de assistência jurídica consultiva, isto é, de orientação à parte que dela necessita, sendo apenas - de modo secundário - voltada à esfera litigiosa, como se depreende claramente do artigo primeiro.

O artigo introdutório da Resolução ainda deixa consignado a efetiva gratuidade dos serviços, pois até mesmo os honorários eventualmente obtidos à título de sucumbência deverão ser doados à entidade assistida.

Artigo 2º. Os beneficiários da atividade pro bono devem ser pessoas jurídicas sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor, reconhecidas e comprovadamente desprovidas de recursos financeiros, para custear as despesas procedimentais, judiciais ou extrajudiciais.

Neste tópico, há a expressa disposição sobre quem deve ser o destinatário do trabalho voluntário desenvolvido, isto é, as entidades beneficentes situadas no terceiro setor,

na maioria das vezes uma ONG (Organização Não Governamental), que realmente sejam carentes de recursos, não tendo condições financeiras reais de arcar com os custos necessários à contratação de um advogado/escritório.

No ponto, uma palavra sobre ONG se faz pertinente:

Todas estas denominações referem-se a entidades de natureza privada sem fins lucrativos, que juridicamente serão associações ou fundações. Estas associações ou fundações, conforme o caso, podem pleitear a obtenção de determinados títulos ou qualificações junto ao Poder Público, visando a alguns benefícios. No entanto, sob o aspecto jurídico, a entidade será sempre uma associação ou fundação (g.n.).

Artigo 3º. Os advogados e as sociedades de advogados que desempenharem atividades pro bono para as entidades beneficiárias definidas no artigo 2º, estão impedidos, pelo prazo de 2 (dois) anos, contados da última prestação de serviço, da prática da advocacia, em qualquer esfera, para empresas ou entidades coligadas às assistidas, impedimento extensivo às pessoas físicas que as compõem, sejam na condição de diretores, membros do conselho deliberativo, sócios ou associados, bem como entidades que estiverem direta ou indiretamente controladas por grupos econômicos privados, ou de economia mista ou fundacional.

Parágrafo único. Os impedimentos constantes do caput deste artigo são extensivos a todos os integrantes das sociedades de advogados prestadoras das atividades pro bono, incluindo-se os advogados contratados, prestadores de serviço, ainda que não estejam vinculados à sociedade de advogados.

Aqui, importante destacar o alerta feito pelo CESA, no sentido de que: "Por um lado, é necessário garantir que a advocacia pro bono não sirva de pretexto para práticas abusivas. Certamente, não podem ser violados os preceitos éticos da profissão, como aqueles que regulam a fixação de honorários, que vedam a publicidade abusiva ou que impedem a concorrência desleal e a captação de clientela."

Por tal razão é que no Art. 3º, da Resolução pro bono editada pela OAB/SP, há a proibição expressa de que se pratique a advocacia, em qualquer grau de jurisdição, às empresas ou entidades ligadas às instituições beneficiadas, incluindo as pessoas físicas que as compõem, pelo prazo mínimo de dois anos, a fim de garantir a essência benéfica da regulamentação em discussão e evitar distorções indevidas em tão bela prática.

Artigo 4º. Os advogados e sociedades de advogados que pretendam exercer atividades pro bono deverão comunicar previamente ao Tribunal de Ética e Disciplina, os objetivos e alcance de suas atividades, devendo, também,

encaminhar a esse Tribunal, relatório semestral contendo as seguintes informações: denominação social da entidade beneficiária, tipo de atividade a ser prestada, data de início e término da atividade.

Parágrafo Único. O Tribunal de Ética e Disciplina poderá determinar o arquivamento do relatório em pasta própria, ou requisitar esclarecimentos que deverão ser prestados pelos advogados e sociedades de advogados referidos no caput deste artigo, ainda que fora dos prazos ali estabelecidos.

Na esteira do artigo antecedente, o foco deste trecho da legislação abraça o critério da prevenção contra práticas abusivas, no sentido de direcionar à Ordem dos Advogados do Brasil, in casu, à Seccional de São Paulo, a responsabilidade de fiscalizar a prática da atividade jurídica gratuita, inibindo ou penalizando desvios de finalidade.

Artigo 5º. A atividade pro bono implica conhecimento e anuência prévia, por parte da entidade beneficiária, das disposições desta resolução.

Artigo 6º. Aplicam-se à atividade pro bono as regras do Estatuto da Advocacia e da OAB, do Código de Ética e Disciplina e das resoluções da OAB que versem sobre publicidade e propaganda.

A resolução, por fim, referenda a necessária ciência e concordância das entidades do terceiro setor quanto às disposições nela contidas, além de destacar a aplicação subsidiária e complementar das disposições do Código de Ética e Disciplina e do Estatuto da Advocacia no que couber.

Como exemplo, há o art. 41 do Código de Ética, o qual prevê a possibilidade de exercício da advocacia gratuita ora estimulada. In verbis: “o advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável.” (g.n.).

Neste ponto se encaixa a Advocacia pro bono, inegavelmente justificada por ampliar o acesso à justiça – diante da insuficiência/deficiência dos mecanismos estatais – contribuindo para assegurar este direito fundamental de todo cidadão, garantido constitucionalmente.

4. O desenvolvimento da advocacia do bem no Brasil: a busca por uma regulamentação nacional

No ano de 2001, ano do voluntariado, assim considerado pelas Nações Unidas, fora criado, em São Paulo, o Instituto Pro Bono, associação civil, sem fins lucrativos, direcionado ao fomento e à orientação quanto a projetos de responsabilidade social no campo da advocacia.

Além das inúmeras práticas anônimas no campo da advocacia solidária, apenas no Estado de São Paulo, o referi-

do Instituto já contabiliza cerca de 350 entidades beneficiadas, ultrapassando a casa dos 650 atendimentos, possuindo um cadastro de 513 advogados e 32 escritórios cadastrados, consistindo sua missão em:

Promover e difundir a cultura da advocacia solidária entre os profissionais do Direito. A atuação pro bono encontra respaldo no artigo 133 da Constituição Federal, ao dispor que a advocacia é indispensável à administração da justiça, e também no artigo 2º do Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, que qualifica o ministério privado da advocacia como prestação de serviço público com relevante função social. Assim, o Instituto Pro Bono acredita que conscientizar a classe jurídica para a importância da advocacia voluntária e fortalecer a cultura pro bono no Brasil faz parte do trabalho de implementação do acesso integral à justiça⁹.

No entanto, um entrave existente para um maior desenvolvimento da advocacia pro bono é que, como já elucidado anteriormente, esta possui apenas duas Resoluções, emanadas da OAB/SP e da OAB/AL, sendo válidas apenas para os referidos Estados.

Por esta razão, tal prática torna-se tímida e esparsa, sem a necessária divulgação, ante a falta de regulamentação própria da matéria no Brasil, para seu regular exercício. Por esta razão, é necessário que haja uma regulamentação correspondente nos demais Estados da Federação, ou melhor, uma disposição legal homogênea que valha para todo o país.

E já existe tal projeto no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, criado através da Proposição 0037/2002 – COP, distribuída originalmente para o Conselho Federal Sergio Ferraz (AC), a qual teve aprovação, em 09.11.2004, pelo Conselho Pleno, que por maioria de votos admitiu a relevância da matéria, para edição de provimento, nos termos do art. 79, § 1º, do Regulamento Geral, o qual, entretanto, ainda não fora editado e aprovado definitivamente.

Em entrevista concedida ao site Consultor Jurídico (publicada em 06/01/2008), o Ex-Presidente do Conselho Federal da OAB, Cezar Britto, assim abordou a matéria:

P — Tem gente que não tem dinheiro para pagar advogado. A Defensoria Pública, que pode ajudar essa parcela da população, é completamente desassistida. E, ao mesmo tempo, a OAB pune o trabalho voluntário do advogado, como é o caso da advocacia pro bono. O advogado que assiste uma pessoa, sem cobrar honorários, pode ser punido pela OAB?

R — Não. O que a OAB proíbe é o profissional que presta assistência gratuita como forma da captação de clientela. Nada impede o

advogado de prestar serviço gratuito. Aliás, essa é uma de suas obrigações. Quando o artigo 133 da Constituição Federal diz que o advogado é indispensável para a administração da Justiça, é porque não há Justiça se o advogado não estiver presente. E se não estiver presente, é obrigação dele estar.

No mesmo sentido, trecho de artigo publicado por Roberto Gonçalves de Freitas Filho, Defensor Público no Piauí e então membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da OAB:

O exercício da atividade pro-bono constitui louvável dedicação de profissionais da advocacia em favor de interesses jurídicos e humanitários. Nesse sentido, está a merecer todos os encômios. Inegavelmente, vários profissionais assumem encargos complicados e até mesmo penosos no desempenho da advocacia pro-bono. Nessas circunstâncias, muitas vezes, a única recompensa vem a ser a alegria estampada no rosto do beneficiário, a manter acesa na alma do advogado a crença inabalável na força do Direito como elemento de harmonização da vida em comum e promotor da Justiça¹¹.

A atualidade do tema é comprovada, na medida em que foi um dos poucos assuntos escolhidos para serem abordados no Seminário “Advocacia Internacional – Desafios Contemporâneos”, realizado pelo Conselho Federal da OAB nos dias 7 e 8 de maio de 2009.

Para reforçar tal prática salutar, o já comentado Instituto Pro Bono, recentemente, lançou o projeto “Pro Bono Jr.”:

No último dia 03 de setembro, uma nova iniciativa do Instituto Pro Bono (IPB) foi lançada: o Pro Bono Jr. Feito em parceria com a Escola de Direito da FGV e focado nos alunos dos primeiros anos de graduação daquela instituição, esse projeto busca estimular a responsabilidade social no meio desde os primeiros anos de formação dos futuros advogados.

(...)

Segundo Marcos Fuchs, Diretor Executivo do IPB, ‘o Pro Bono Jr. é um dos maiores instrumentos para a divulgação da causa pro bono. Se incentivado desde cedo a praticar a advocacia solidária, o advogado já entrará no mercado influenciado por tais princípios e não deixará de praticá-la’¹³.

Portanto, é preciso perceber a importância da aprovação desse projeto nacional para a ampliação da advocacia voluntária a serviço da humanidade, o que – como visto – proporcionará um ganho para toda a sociedade e, principalmente, para os mais necessitados e vulneráveis.

5. Os números internacionais.

Pelo mundo afora, tem-se a real visualização da importância desta atividade do bem. Abaixo alguns exemplos:

Estados Unidos: *“A American Bar Association (ABA), por exemplo, ajuda e incentiva os advogados americanos a prestar serviços pro bono, além de recomendar que cada profissional preste um mínimo de 50 horas de atividade pro bono por ano. Note-se que o ABA classifica o pro bono como a prestação de serviços gratuitos ou com honorários muito reduzidos a pessoas com limitação financeira, instituições de interesse público ou sobre temas de relevante interesse público.”*

Os Estados Unidos detém os números mais ampliados quando o assunto é advocacia pro bono. A maioria dos escritórios americanos faz atividades jurídicas voluntárias, chegando ao ponto de em algumas localidades, como Nova York ou Washington, os grandes escritórios possuem setores dedicados ao pro bono.

Em Los Angeles está localizado o maior escritório americano e mundial de pro bono, chamado Public Council, com 42 advogados internos (além de 3 assistentes sociais) e milhares de voluntários, que atendem cerca de 29.000 crianças de baixa renda, assim como jovens, adultos e famílias, além de organizações comunitárias a cada ano. Apenas em 2009, estima-se que os trabalhos jurídicos gratuitos proporcionados pelo Public Council somam mais de U\$ 87 milhões

Canadá: *“os advogados canadenses já participam efetivamente na implantação da Advocacia Pro Bono, pois já existem 14 ordens de advogados do Canadá. Em 2004, depois de reunir-se com representantes da Federação, o Ministro da Justiça daquele país se comprometeu a criar um fundo nacional para subsidiar a Advocacia Pro Bono.”*

Chile: *Atualmente, mais de 50 escritórios e 250 advogados voluntários são membros da Fundação Pro Bono, criada no final do ano de 2000, com o compromisso de prestar assessoria jurídica gratuita a pessoas carentes e setores ou grupos vulneráveis, além de micro-empresas e organizações sociais.*

Isto além de países, como Inglaterra e Austrália, de longa tradição no desenvolvimento da advocacia do bem, citando ainda o caso argentino, além do Chile, na América Latina, provando que o mundo jurídico está cada vez mais ciente de seu papel social.

6. Conclusão

Nesse sentido, descortina-se na seara jurídica uma organizada forma de se fazer o bem. Portanto, é preciso seguir à risca os princípios éticos norteadores da profissão, para que se possa alcançar a real essência e objetivo deste

louvável modo de tornar a advocacia um verdadeiro instrumento de serviço à humanidade.

Pois o que se depreende de tal prática é a certeza da necessidade de desenvolvimento, organizado, da advocacia pro bono em todos os quadrantes do país. E para isto, como mencionado anteriormente, premente a necessidade de mais rápida tramitação e aprovação do projeto existente no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de propiciar um campo mais fértil e profícuo para o consistente desabrochar da advocacia do bem, inclusive de forma mais segura, a partir da fiscalização que será exercida pelo Tribunal de Ética das Seccionais estaduais da OAB.

Nas palavras de Carnelutti¹⁸:

No Estado de direito não podemos ver, pois, a forma perfeita de Estado. Os juristas são vítimas, neste ponto, de uma incrível ilusão. O Estado de direito não é o Estado perfeito mais do que possa ser perfeito o arco antes que os pedreiros o tenham construído. O Estado perfeito será, ao contrário, o Estado que não necessite mais de direito; uma perspectiva, sem dúvida muito distante, imensamente distante, mas certa, porque a semente está destinada indubitavelmente a transformar-se em árvore carregada de folhas e de frutos.

A possibilidade de se viver sem direito ainda é uma utopia. Enquanto esse momento não chega, é preciso buscar o aprimoramento e desenvolvimento da advocacia pro bono – em paralelo à plena estruturação das Defensorias Públicas – como complementar instrumento de acesso à justiça, auto-valorização da classe e beneficiamento de um sem número de entidades do terceiro setor (e, por via de consequência, a inúmeros integrantes das classes menos favorecidas), a fim de dar uma resposta positiva e socialmente responsável aos problemas enfrentados cotidianamente pela sociedade.

É assim que se poderá demonstrar verdadeiro amor ao direito e aos seus ideais intrínsecos, sem se olvidar da dignidade da pessoa humana, fundamento essencial da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III) e princípio garantidor dos direitos fundamentais de todo cidadão.

7. Referências bibliográficas.

Advocacia Pro Bono: Guia prático para escritórios.

Organizado pelo CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006.

BARBOSA, Maria José Lins. Manual de ONGs: guia prático de orientação jurídica. 4ª Edição. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2003.

BRAGA, Bruno César Maciel. Advocacia pro bono: modelo de humanidade. Caderno Opinião, pág. A3, Diário de Pernambuco. 11 de agosto de 2006.

AQUINO, Carlos Pessoa. Advocacia Pro Bono: Uma

realidade, uma necessidade. Revista Mercado & Negócios: Advogados. Ano III. Nº 13. São Paulo, p. 25. Fevereiro 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **A arte do direito: seis meditações sobre o direito.** 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2001.

OAB/SP. Resolução Pro Bono, de 19 de agosto de 2002. Dispõe sobre a regulamentação da atividade denominada “advocacia pro bono”.

Instituto *Pro Bono*. Disponível na internet:

www.institutoprobono.org.br

Public Counsel. Disponível na internet:

www.publiccounsel.org/

Fundación Pro Bono. Disponível na internet:

www.probono.cl/

1. *Advocacia Pro Bono: Guia prático para escritórios*. Organizado pelo CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006. Pág. 6.

2. *Idem*. Pág.

3. “Temos todos que ser mais participativos e interagir diretamente com a comunidade. Sabe-se que, a teor do artigo 5º da Constituição Federal, todos os brasileiros têm a garantia de assistência jurídica que é efetuada pelo Estado mediante suas defensorias públicas, todavia o Estado ainda não está dotado de estrutura suficiente para atender toda a população carente desse serviço, daí porque a Advocacia privada tem importante papel no cumprimento dessa garantia.” In AQUINO, Carlos Pessoa. *Advocacia Pro Bono: Uma realidade, uma necessidade*. Revista Mercado & Negócios: Advogados. Ano III. Nº 13. São Paulo, p. 25. Fevereiro 2007.

4. BRAGA, Bruno César Maciel. *Advocacia pro bono: modelo de humanidade*. Caderno Opinião, pág. A3, Diário de Pernambuco. Publicado em 11 de agosto de 2006.

5. OS (Organização Social) e OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público), por exemplo.

6. In BARBOSA, Maria José Lins. *Manual de ONGs: guia prático de orientação jurídica*. 4ª Edição. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2003. Pág. 13.

7. *Ob. Cit.* Pág. 14.

8. *Dados do Instituto Pro Bono, obtidos por e-mail, como resposta às indagações por nós formuladas.*

9. *Idem* [acesso em 07/03/2009].

10. *No projeto para regulamentação da advocacia pro bono em nível nacional está prevista a possibilidade da prática da advocacia pro bono para pessoas físicas, seguindo o modelo internacional e dando uma maior abrangência a este tipo de atividade, a qual, nas Resoluções atuais, concentra-se apenas nas organizações sociais inclusas no terceiro setor.*

11. Disponível no site www.oab.org.br/noticia.asp?id=2369 [acesso em 10/04/2009].

12. “Brasília, 17/04/2009 – O presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cezar Britto, participará da abertura do Seminário “Advocacia Internacional - Desafios Contemporâneos”, que será realizado pelo Conselho Federal da entidade nos dias 7 e 8 de maio, na sede da Seccional da OAB do Rio de Janeiro. Também participarão da cerimônia o membro honorário vitalício da entidade e presidente da Comissão de Relações Internacionais da OAB Nacional, Roberto Busato, e o presidente da OAB-RJ, Wadih Damous. Entre os temas que serão abordados durante os dois dias do evento estão a Atividade Jurídica de Estrangeiros no Brasil; a Advocacia Pro Bono; a crise mundial e a segurança jurídica; e a Filiação Obrigatória ou Voluntária a Ordem ou Colégio de Advogados - tema em grande debate nas carreiras jurídicas principalmente na América do Sul.” In <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=16505> [acesso em 10/04/2009].

13. *Dados do Instituto Pro Bono. Disponível na internet: <http://www.instituto-probono.org.br> [acesso em 26/11/2009].*

14. *14. Advocacia Pro Bono: Guia prático para escritórios. Ob. Cit. Pág. 18.*

15. *Dados do Public Council. Disponível na internet: <http://www.publiccouncil.org/> [acesso em 17/01/2010].*

16. AQUINO, Carlos Pessoa. *Idem*.

17. *Dados da Fundación Pro Bono. Disponível na internet: www.probono.cl/ [acesso em 17/01/2010].*

18. CARNELUTTI, Francesco. *A arte do direito: seis meditações sobre o direito*. 1ª edição. Campinas: Bookseller, 2001. Pág. 19

O PAPEL RELEVANTE DA SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO (SCP) NO DESENVOLVIMENTO DA ADVOCACIA BRASILEIRA.

Antonio Mario de Abreu Pinto

Advogado e economista, pós-graduado em direito tributário pela ESAF/UFPE; sócio fundador de Albuquerque Pinto Advogados; membro da Ordem dos Advogados do Brasil e da Ordem dos Advogados Portugueses, membro Conselho Regional de Economia, Vice-Presidente da OAB/PE (1995/1997); Conselheiro Federal da OAB (1997/2000); Membro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda (2000/2006); Diretor-Presidente da Associação dos Advogados de Empresas de Pernambuco (AAEPE); Vice-Presidente da Câmara de Comércio Brasil-Portugal em Pernambuco; Presidente do Gabinete Portugues de Leitura em Pernambuco; Presidente da Assembléia Geral da Comunidade Portuguesa em Pernambuco; Secretário Geral da Assembléia Geral do Real Hospital Português de Beneficência em Pernambuco; Conselheiro da Fundação Gilberto Freire; Membro do Conselho das Câmaras de Comércio Portuguesas do Brasil; co-autor do Livro Direito Tributário e Processo Administrativo Aplicado, 1ª Edição, Editora Quatier Latin, São Paulo, 2005.

Sumário

1. Introdução; 2. A Natureza do contrato de sociedade em conta de participação; 3. A Sociedade em Conta de Participação e o Código Civil de 2002; 4. Peculiaridades das Sociedades em Conta de Participação de Advogados e sua semelhança com o Contrato de Associação de Advogados; 5. A Tributação das Sociedades em Conta de Participação; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

Num mundo cada vez mais globalizado, especialmente o da “internet”, segundo Thomas Friedmann no livro “The World is Flat”, as atividades econômicas têm se desenvolvido de forma mais organizada e profissional. Essa realidade coloca em xeque as profissões liberais, caracterizadas pela mística de prestação de serviços desenvolvida no âmbito estritamente pessoal (personalíssimo) como era no tempo do surgimento das primeiras corporações profissionais em cidades com pequenas populações.

Hodiernamente, as atividades de advocacia, medicina, odontologia, engenharia, e arquitetura, têm se organizado, especialmente nos grandes centros urbanos, de forma empresarial onde o caráter personalíssimo da atividade dessas profissões ditas liberais se perdem, dado, as vezes, por sua distribuição territorial ampla, em redes empresariais, bem como pelo grande número de profissionais que dela fazem parte.

Assim, as profissões intelectuais tiveram que adaptar seus serviços em Megalópoles, onde o trabalho, antes de caráter personalíssimo, se transforma em um conjunto de demandas, devido ao aumento do fluxo de procura e oferta.

Na verdade, quanto menor a cidade mais difícil para uma estrutura empresarial se instalar. Nesses casos, os profissionais liberais continuarão a desenvolver suas atividades em caráter mais pessoal, até porque, exemplificando, toda a gente, na cidade, sabe quem é o médico e, provavelmente, onde ele mora ou trabalha, o que não ocorre num conglomerado populacional onde existem milhares de profissionais, que, geralmente, trabalham em ambientes empresariais.

Atualmente, quando um potencial cliente procura serviços profissionais não busca mais uma determinada pessoa, mais na verdade uma instituição, isso é muito comum na medicina, onde grandes hospitais utilizam grande número de médicos para a prestação de seus serviços. O paciente não procura o profissional “fulano de tal”, mas a instituição onde aquele trabalha. O serviço profissional deixa de ser estritamente pessoal e adquire um traço empresarial, adquire uma feição institucional.

É nesse ambiente onde grande número de serviços são desenvolvidas por centenas de profissionais que trabalham, não mais em caráter pessoal e sim impessoal, numa grande organização, que lhes empresta segurança, respeito e reputação.

Para *Ronnie Preuss Duarte*, subsiste a atividade como não-empresarial quando o elemento central da organização for a própria pessoa do profissional, enquanto tal. Quando o fator preponderante for o conjunto de meios organizados (reais ou pessoais), ainda que sob a direção de profissional encarregado, que passa a atuar como organizador, este transmuda-se em empresário¹.

Exemplo recorrente para a hipótese é a do médico que administra um nosocômio ou casa de saúde. Entretanto, pensamos que há outros exemplos que podem ser fornecidos, como um grande escritório de advocacia, com centenas de advogados e milhares de clientes, como é de veras comum nos dias de hoje. Em tais hipóteses a prestação de serviços é completamente despersonalizada. Os clientes, por vezes, sequer são comunicados acerca das substituições dos profissionais designados para a prestação dos serviços, que igualmente não contam com a supervisão direta do titular do escritório. Em tal caso, não se está, apenas, diante de uma empresa, mas de uma empresa de média ou mesmo de grande dimensão².

Mas como essa atividade nunca deixará de ser desenvolvida quer em seu caráter pessoal, quer em seu caráter profissional se não for encontrada solução societária que permita um equilíbrio entre esses dois aspectos, onde o profissional que hoje ainda exerce, como por exemplo numa pequena cidade, uma atividade profissional pessoal possa se associar a uma estrutura empresarial profissional para desenvolvê-la, onde a estrutura empresarial não teria a necessária densidade populacional para se instalar.

Acreditamos que essa estrutura ideal seria através de uma sociedade por conta de participação, onde aquele profissional que se encontra numa pequena cidade poderá ter a oportunidade de trabalhar para um cliente de uma estrutura profissional empresarial que de outra maneira dificilmente teria essa oportunidade. Participar dessa estrutura empresarial, por outro lado, somente será possível por via da associação profissional para que juntos desenvolvam o valoroso mister da advocacia.

Isto ocorrendo, ambos manteriam a sua autonomia, sem caráter de submissão nem vínculo, ou seja com preservação do caráter liberal das profissões intelectuais como a advocacia, aliados a uma estrutura empresarial.

2. Conceito e natureza da sociedade em conta de participação

Como diz *Pontes de Miranda*, compreende-se que, para se nomear alguma figura jurídica, se busque elemento que seja característico, ou que possa, com maior aproximação, defini-la. Nas línguas latinas, a respeito da sociedade em conta de participação, refere-se o modo especial de vínculo societário: fala-se de serem participantes os sócios (*sociétéé em participation*); na língua portuguesa, faz-se mais, porque como se sublinha o que há de contabilístico (sociedade com conta de participação). Nas outras línguas, pôs-se à frente o fato da intencional obscuridade do contrato social, do intencional sigilo das vinculações. Na língua espanhola,

diz-se “sociedade de cuentas em patición”. Na terminologia alemã, chama-se à sociedade em conta de participação “sociedade secreta” (*stille Gesellschaft*), tal como este no Código Comercial alemão, §§ 335-342.³

A sociedade em conta de participação é tipo afor- mal, simples, cuja característica está em ser desligado de qualquer responsabilidade em relação a terceiros o sócio participante inativo. É nesse sentido, e não no sentido de intencional ocultamento, que se há de falar de sócio oculto. Em verdade, ele não tem de ocultar-se, de esconder-se (celo, clam). A posição dele é que concorre para esconder.⁴

Não se pode dizer que a sociedade em conta de participação seja juridicamente inexistente perante terceiros. Seria confundir-se inexistência com ineficácia. Existir, ela existe. O problema que surge é o de seus efeitos contra terceiros e a não existência da personalidade jurídica. Nela, há *punctum saliens* de ser sociedade, e não só comunidade, e não se personificar: é sociedade, sem ser pessoa jurídica.⁵

A sociedade em conta de participação é sociedade, existe no mundo jurídico como sociedade, a despeito de ficar, eficazmente, oculta. Não é sociedade de fato. Nem sociedade irregular. Se não foi registrada, com isso não ocorreu irregularidade. A lei dispensa-a disso. Existe, juridicamente, porque a lei admitiu, excepcionalmente, sem satisfação das formalidades que são pressupostos necessários das outras sociedades. Sociedades de fato supõe a não entrada, no mundo jurídico, como sociedade. A sociedade em conta de participação é sociedade: tem toda a juridicidade.⁶

São exemplos de sociedades em conta de participação: a) sociedade que se estabeleceu (embora os contraentes, por suas manifestações tácitas ou orais de vontade, não tenham percebido que concluíram contrato de sociedade) entre A, B e C, que na rua, ou numa festa, compraram bilhete de loteria; b) a sociedade entre dois ou três lapidadores de pedra preciosa que adquiriram (condomínio da pedra preciosa, a que se segue, com a corte, a divisão, ou a venda, como lucro do trabalho, em participação); c) a sociedade de duas ou mais pessoas que subscreveram as ações da companhia ou as debêntures, para as vender ao público, na bolsa ou fora da bolsa; d) a aquisição, por A e B, de bilhete de páreo em corridas.⁷

Além dessas podemos dar como exemplo a sociedade que se estabelece entre dois profissionais liberais A e B, ou mais de dois A, B e C (embora estes por suas manifestações tácitas ou orais de vontade, não tenham percebido que concluíram contrato de sociedade), para que com o lucro do trabalho com a participação de todos seja rateado conforme a participação efetiva de cada um para um cliente de um ou de alguns deles.

A sociedade em conta de participação é uma sociedade *sui generis*, que a distingue fundamentalmente das demais espécies societárias. Não constituindo pessoa jurídica (os negócios são exercidos em nome do sócio ostensivo), não pode, por isso mesmo, ser conceituada como sociedade empresária.⁸

3. A sociedade em conta de participação no Código Civil de 2002

Como vimos antes, nas profissões liberais ou intelectuais, o fator determinante para a contratação é a própria pessoa do profissional encarregado pela execução do serviço. A existência de uma organização real ou pessoal é eminentemente acessória, não possuindo a necessária autonomia funcional para qualificar o desempenho da atividade, que é essencial para a caracterização de um estabelecimento empresarial. Na empresa, é a organização que prepondera. No trabalho intelectual, é a pessoa do contratado o fator determinante. A organização (escritório e colaboradores), sem a pessoa do profissional, de muito pouco ou nada serve, carecendo da mais-valia característica do estabelecimento. Ainda que entregue a um outro profissional, à organização faltará a mesma eficiência, salvo se eventualmente o substituto tiver idêntico renome.⁹

Entretanto, o simples fato de exercer uma profissão intelectual não é suficiente para desonerar qualquer sujeito da submissão ao regime previsto para o empresário. A parte final do parágrafo único do art. 966 do Código Civil brasileiro, após a identificação das atividades não-empresariais, traz uma exceção, quando o exercente destas deverá ser considerado empresário: “salvo se constituírem elemento de empresa”. Desse excerto extrai-se a conclusão de que a profissão intelectual enquanto mero elemento de uma organização empresarial submete o organizador ao estatuto do empresário.¹⁰

Apesar da recalcitrância de alguns empresários da advocacia em se assumirem como tal dada a idéia recorrente (e acertada!) de que a advocacia é uma arte, insuscetível de profícua produção massificada, não se pode negar a natureza empresarial de alguns escritórios da atualidade.¹¹

A conclusão que chegamos não é infirmada pelo regime especial previsto para o registro dos escritórios de advocacia, disciplinado no estatuto da categoria. A diversidade (ou especialidade) da disciplina registral e da personificação da sociedade não exclui a existência de empresa. Assim como as cooperativas podem ser sociedades simples por expressa disposição legal (parágrafo único do art. 982 do Código Civil), também as sociedades de advogados podem receber idêntico tratamento. Ainda, assim, em certos casos (não usuais, é verdade), não se pode negar a ocorrência de uma organização de tipo empresarial.¹²

Uma observação que merece ser feita diz respeito à ausência de impedimento da submissão de um único profissional a uma multiplicidade de regimes. Assim como inexistente qualquer óbice ao exercício simultâneo, por um mesmo indivíduo, das atividades de empresário e profissional intelectual em ramos distintos, também não se veda que, em uma atividade aparentemente idêntica, haja a submissão do sujeito a uma diversidade de regimes, conforme a natureza da atividade exercida. É o caso, *verbi gratia*, de um médico que é titular de uma clínica e presta atendimento a pacientes seus. Em tal circunstância, submeter-se-á aos dois regimes jurídicos: o de empresário e o de médico exercente

de profissão intelectual, os quais serão concorrentemente aplicados.¹³

Destarte, um profissional da advocacia poderá ao mesmo tempo ser sócio numa sociedade em conta de participação e continuar a prestar atendimento a seus clientes como profissional liberal.

O Código Civil de 2002 disciplina as sociedades em conta de participação, entre as sociedades não personificadas, pelos artigos 991 a 996, possuindo características próprias, no cenário das sociedades do direito brasileiro, seja por despersonalização, seja, como já vimos antes, pelo seu caráter de sociedade aformal.

Nessa sociedade em conta de participação, a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes (Art.991 C.C.).

Apenas e tão-somente o sócio ostensivo obriga-se perante terceiros, e exclusivamente perante este (sócio ostensivo) o sócio participante, nos termos do contrato social. (Parágrafo único do Art.991 C.C.).

A sociedade em conta de participação é proibida de ter firma ou denominação social (Art. 1.162 C.C.), até mesmo por sua característica aformal.

O parágrafo único do Art. 983 C.C. ressalva expressamente as disposições concernentes à sociedade em conta de participação, com relação a sua constituição.

A constituição da sociedade em conta de participação independe de qualquer formalidade e pode provar-se por todos os meios de direito (Art.992 C.C.).

O contrato social produz efeito somente entre os sócios, e a eventual inscrição de seu instrumento em qualquer registro não confere personalidade jurídica à sociedade (Art. 993)

Sem prejuízo do direito de fiscalizar a gestão dos negócios sociais, o sócio participante não pode tomar parte nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este pelas obrigações em que intervier (Parágrafo único do Art. 993).

O Código Civil garante ao sócio oculto o direito de fiscalizar a gestão social, mas o proíbe de intervier nas relações do sócio ostensivo com terceiros, sob pena de responder solidariamente com este nas obrigações em que intervier.¹⁴

A contribuição do sócio participante constitui, com a do sócio ostensivo, patrimônio especial, objeto da conta de participação relativa aos negócios sociais (Art.994).

A especialização patrimonial, somente produz efeitos em relação aos sócios da própria sociedade em conta de participação (§1º do Art.994).

Apesar da ausência de personificação, reconhece-se a existência de um patrimônio especial formado pela contribuição do sócio ostensivo e do sócio participante (Art. 994). Trata-se em verdade de um destaque de certos bens para ligá-los a certa finalidade, sem transferir a sua propriedade, vale dizer tal patrimônio especial pertence aos sócios em condomínio e não à sociedade, que não possui capacidade patrimonial. Tanto é verdade que esse patrimônio especial só produz efeitos perante os sócios (Art.994, §1º) ¹⁵

A falência do sócio ostensivo acarreta a dissolução da sociedade e a liquidação da respectiva conta, cujo saldo constituirá crédito quirografário (§2º do Art.994).

Falindo o sócio participante, o contrato social fica sujeito às normas que regulam os efeitos da falência nos contratos bilaterais do falido (§3º do Art.994).

Por óbvio que se não for o sócio ostensivo um empresário ou uma sociedade empresária, não estará ele sujeito à falência, mas, revelando-se insolvente, poderão seus credores requerer-lhe a declaração da insolvência civil, que o Código de Processo Civil de 1973 veio a disciplinar sob a rubrica da execução por quantia certa contra devedor insolvente (artigos 748 a 790). ¹⁶

Salvo estipulação em contrário, o sócio ostensivo não pode admitir novo sócio sem o consentimento dos demais. ¹⁷ (Art. 995)

Aplica-se à sociedade em conta de participação, subsidiariamente e no que com ela for compatível, o disposto para a sociedade simples, e a sua liquidação rege-se pelas normas relativas à prestação de contas, na forma da lei processual. Havendo mais de um sócio ostensivo, as respectivas contas serão prestadas e julgadas no mesmo processo (Art.996).

4. Peculiaridades das Sociedades em Conta de Participação de Advogados e sua semelhança com o Contrato de Associação de Advogados

A Sociedade em Conta de Participação de Advogados, somente poderá ser integrada por advogados e para desenvolver atividade-meio e não atividade-fim da advocacia, como é exigido, da própria sociedade de advogados.

Ela é uma entidade coletiva organizada, meio e racionalização, que permite a atividade de profissionais, que distribuem e compartilham tarefas, despesas e resultados, quando atingem um nível de complexidade que ultrapassa a atuação individual, mesmo quando agregada.

Dela não poderá participar pessoa não regularmente inscrita em umas das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB ou qualquer sociedade cujos fins sejam distintos da advocacia, nem dela podem participar os totalmente proibidos de advogar.

Não poderão apresentar forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia e que realizem atividades estranhas à advocacia.

Além de desnecessário o seu registro (dada a sua característica aformal), é proibido o seu registro em qualquer cartório de registro civil de pessoas jurídicas e nas juntas comerciais, por ter como finalidade a atividade meio da advocacia.

Sendo, também, dispensável a sua averbação junto ao registro da sociedade de advogados que figure no pólo ativo ou passivo da sociedade em conta de participação.

Nada impede que, facultativamente, como defendem alguns doutrinadores, algum advogado possa requerer a sua averbação junto ao registro da sociedade de advogados que figure no pólo ativo ou passivo de uma sociedade em conta de participação, por analogia ao que determina o parágrafo único do Artigo 39 do Regulamento Geral e o artigo 6º do Provimento nº 92/2000, para os contratos de associação de advogados.

Na realidade a Sociedade em Conta de Participação de Advogados se assemelha ao Contrato de Associação que pode ser firmado entre advogados autônomos e sociedade de advogados, ou, ainda, entre sociedades de advogados, modalidade de contrato normatizada pelo Regulamento Geral da Advocacia e da OAB que, em seu artigo 39, dispõe:

“Art. 39 – A sociedade de advogados pode associar-se com advogados, sem vínculo de emprego, para participação nos resultados.

Parágrafo único. Os contratos referidos neste artigo são averbados no registro da sociedade de advogados.”

Se a pessoa natural do advogado pode associar-se à sociedade de advogados, nada impede, também, que a ela se associe outra sociedade de igual objeto. Essa possibilidade está expressamente admitida no art. 6º, letra “d”, e parágrafo 3º, do Provimento nº 92. ¹⁸

Na verdade, alguns autores, como Sérgio Campinho, consideram a sociedade em conta de participação como um contrato associativo ou de participação: “Não é tecnicamente falando, como temos sustentado, uma sociedade, mas sim um contrato associativo ou de participação. Negamos pois, a sua natureza de sociedade no sentido técnico do termo, mas isso não autoriza o seu banimento do nosso ordenamento como proclamado por muitos doutrinadores” ¹⁹

Não há dúvida sobre as semelhanças da sociedade em conta de participação de advogados e a associação de advogados, são formas de organização coletiva de advogados que não têm personalidade jurídica, não têm patrimônio próprio, não têm razão social, nem praticam atos de administração em seu próprio nome.

Com o advento do Código Civil de 2002, abriu-se uma solução mais adequada para o relacionamento dos advogados com seus pares utilizando regime societários mais modernos e que possibilitam melhor controle das atividades de apoio, essenciais tanto para as sociedades de advogados como para os advogados que ainda operam

individualmente, mediante a constituição de sociedades em conta de participação.

Na realidade a sociedade de conta em participação e o contrato de associação de advogados, nasceram da mesma necessidade: a colaboração recíproca entre profissionais e sociedades, em que se partilham responsabilidades e resultados.

5. Tributação das Sociedades em Conta de Participação

Este tipo societário, até 1985, permitia aos empresários a exploração em sociedade de determinadas atividade, com uma situação menos onerosa, sob o ponto de vista do direito tributário, em relação aos demais tipos. Isto porque sua renda não sofria tributação por força da despersonalização que a caracterizava. Em 1986, contudo, por legislação específica, o direito tributário passou a equipará-la aos demais tipos societários, ao que diz respeito ao imposto de renda.

O Dec. Lei 2.303, de 21.11.86, aduziu: *“Art.7º Equiparam-se a pessoas jurídicas, para os efeitos da legislação do imposto de renda, as sociedades em conta de participação. Parágrafo único. Na apuração dos resultados dessas sociedades, assim como na tributação dos lucros apurados e dos distribuídos, serão observadas as normas aplicáveis às demais pessoas jurídicas.”*

O Dec. 3.000, de 26.3.99 – Regulamenta a tributação, fiscalização, arrecadação e administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, também regulou: *“Art.254. A escrituração das operações de sociedade em conta de participação poderá, à opção do sócio ostensivo, ser efetuada nos livros deste ou em livros próprios, observando-se o seguinte: I – quando forem utilizados os livros do sócio ostensivo, os registros contábeis deverão ser feitos de forma a evidenciar os lançamentos referentes à sociedade em conta de participação; II – os resultados e o lucro real correspondentes à sociedade em conta de participação deverão ser apurados e demonstrados destacadamente dos resultados e do lucro real do sócio ostensivo, ainda que a escrituração seja feita nos mesmos livros; III – nos documentos relacionados com a atividade da sociedade em conta de participação, o sócio ostensivo deverá fazer constar indicação de modo a permitir identificar sua vinculação com a referida sociedade”.*

6. Conclusão

Nestes tempos em que a advocacia exercida individualmente deixa de ser a regra para torna-se a exceção, dando lugar às grandes bancas de advocacia compostas de dezenas ou até centenas de advogados, com filiais por todo o país, o instituto da associação entre sociedades ou entre estas e advogados autônomos é cada vez mais comum.

A advocacia moderna exige do profissional alto grau de especialização, tornando praticamente impossível ao advogado atender, individualmente, a todos os interesses de seus clientes, em todas as áreas do direito, com qualida-

de e competência.

Outro obstáculo enfrentado pelos advogados atualmente é que, com o acúmulo de audiências, prazos, reuniões, estudos e pesquisas, todas as horas do dia são insuficientes para o esgotamento da agenda.

Além disso, os altos custos de instalação e manutenção de um escritório com empregados competentes, modernos equipamentos de telefonia e informática, biblioteca atualizada e outros, torna a advocacia “artesanal” praticamente inviável.

A colaboração recíproca entre profissionais e sociedades, em que se partilham responsabilidades e resultados, tem sido a solução encontrada para a melhor organização da atividade da advocacia.

Assim, verifica-se que a Sociedade em Conta de Participação têm um papel relevante no desenvolvimento da advocacia no Brasil, permitindo que um advogado, em qualquer rincão do país, possa prestar o seu serviço da forma mais liberal possível, dentro de uma estrutura empresarial, junto a um escritório, geralmente, localizado num grande centro urbano, obtendo o cliente um serviço de qualidade, facultando, ainda, que aquele mesmo advogado possa continuar a atender de forma personalizada os seus clientes locais. O que facilita a constituição de grandes redes nacionais de correspondentes.

7. Bibliografia

- a) DUARTE, Ronnie Preuss, Teoria da Empresa: à Luz do novo Código civil brasileiro, Método, São Paulo, 2004.
- b) MIRANDA, Pontes de, Tratado de Direito Privado, Bookseller, Campinas, Volume XLIX, 1ª Edição, 2009.
- c) COELHO, Fábio Ulhoa, Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa, 20ª Ed. rev. e atual., Editora Saraiva, São Paulo, 2008.
- d) CAMPINHO, Sérgio, O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil, Revista e Atualizada de acordo com a Lei Complementar nº 128/2008, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009.
- e) REQUIÃO, Rubens, revisada e atualizada por Rubens Edmundo Requião, Curso de Direito Comercial, 1º Volume, 28ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2009.
- f) MATTOS E SILVA, Bruno, Direito da Empresa: Teoria da Empresa e Direito Societário, 1ª Edição, São Paulo, Atlas, 2007.
- g) TOMAZETTE, Marlon, Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário, 2ª Edição, São Paulo, Atlas, 2009.
- h) GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis, Sociedade de Advogados, Alfredo de Assis Gonçalves Neto, OAB, Conselho Federal, Brasília, 2000.
- i) FERRAZ, Sérgio (Coordenador), Sociedade de Advo-

gados, OAB Editora, Brasília, 2004.

j) ALMEIDA, Amador Paes de, Manual das Sociedades Comerciais: Direito de Empresa, Amador Paes de Almeida, 13ª Edição, rev., atual. e ampl., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

1. Cf. Ronnie Preuss Duarte. Teoria da Empresa à Luz do novo Código Civil Brasileiro, Editora Método, cit., pág.124.
2. Idem, cit., pág. 124 e 125.
3. Cf. Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, Editora Bookseller, cit, pág. 427.
4. Cf. idem, cit., pág. 427.
5. Cf. Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado, Editora Bookseller, cit, pág. 427.
6. Idem, cit., pág. 428.
7. Idem, cit., pág. 430.
8. Manual de Sociedades Comerciais: Direito da Empresa, Amador Paes de Almeida, Editora Saraiva, cit, pág. 119.
9. Cf. Ronnie Preuss Duarte, obra já citada, pág. 123.
10. Idem, cit., pág. 123.
11. Cf. Ronnie Preuss Duarte, obra já citada, pág. 125.
12. Idem, pág. 125.
13. Idem, pág. 125.
14. Cf. Rubens Requião, Curso de Direito Comercial, 1º Volume, Editora Saraiva, 28ª Edição, pág. 457.
15. Cf. Marlon Tomazettea, Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário, Volume I, Editora Atlas, 2ª Edição, pág. 288 e 289.
16. Cf. Sérgio Campinho, O Direito de Empresa à Luz do Novo Código Civil, Editora Renovar, 10ª Edição, pág. 92.
17. Cf. Bruno Mattos e Silva, Direito de Empresa: Teoria da Empresa e Direito Societário, Editora Atlas, 1ª Edição, pág. 310.
18. Cf. Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Sociedade de Advogados, OAB, Conselho Federal, pág. 60.
19. Cf. Sérgio Campinho, obra já citada, pág. 86.
20. Cf. Fábio Ulhoa Coelho. Direito Comercial – Direito de Empresa, Editora Saraiva, 20ª Edição – pág. 152.
21. Cf. Sérgio Ferraz (Coordenador), Sociedade de Advogados – Volume II, Editora OAB, pág. 47 e 48.
22. Idem, cit., pág. 47 e 48.
23. Idem, cit., pág. 47 e 48.
24. Idem, cit., pág. 47 e 48.
25. Idem, cit., pág. 47 e 48.

BREVES REFLEXÕES SOBRE O ANO INTERNACIONAL DA BIODIVERSIDADE

Cristiano Carrilho

Cristiano Carrilho é Mestre em Direito pela UFPE. Coordenador do Curso de Direito da FAREC. Professor da Pós-Graduação em Direito do Trabalho da ESA/Faculdade Joaquim Nabuco. Professor dos cursos de graduação da FAPE, FBV e Faculdade Metropolitana. Membro da Sociedade Ibero-Americana de Direito do Turismo. Presidente do Instituto Unijus. Vice-Presidente da Caixa de Assistência dos Advogados da OAB-PE.

Introdução

O Ano Internacional da Biodiversidade foi instituído em 20 de dezembro de 2006, na Assembléia Geral das Nações Unidas, determinando sua comemoração no ano de 2010, por meio da Resolução 61/203 da ONU. O ponto máximo será a Convenção de Chefes de estado sobre a Biodiversidade que terá lugar em Nova York, a 20 de setembro de 2010. O ano terminará em Kanazawa, no Japão, em Dezembro de 2010 com uma cerimônia que marca o início do Ano Internacional das Florestas, que será em 2011.

Qual a importância da preservação da Biodiversidade para o mundo? Quais as inovações trazidas pela Lei de Mudanças Climáticas? Quais os aspectos negativos do programa “Mais Ambiente” no Brasil? Como se encontra no país a questão das energias renováveis, licenciamento ambiental e profissões verdes?

Sem dúvida, as indagações por nós anteriormente elencadas merecem a especial atenção dos operadores do Direito e da sociedade no ano cujos objetivos principais seriam: aumentar a consciência pública sobre a importância de salvaguardar a biodiversidade para a continuidade da vida na Terra, identificando e combatendo as ameaças subjacentes; aumentar a consciência sobre a importância dos esforços já empreendidos por governos e comunidades para salvar a biodiversidade, promovendo a participação de todos; incentivar os povos, organizações e governos a tomarem medidas imediatas necessárias à defesa da perda da biodiversidade; promover soluções inovadoras para reduzir as ameaças que se abatem sobre a biodiversidade e estabelecer um diálogo entre os participantes sobre as

medidas a serem adotadas após o ano de 2010, garantindo a continuidade segura dos programas desenvolvidos.

No presente artigo iremos trazer reflexões sobre temas relacionados a questão da biodiversidade, a atual Lei de Mudanças Climáticas, o programa “Mais Ambiente”, o potencial brasileiro das energias renováveis, o novo papel do IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) e as chamadas profissões verdes.

Nossa pretensão modestamente confessada é chamar a atenção dos operadores do Direito suscitando reflexões em relação as recentes inovações legislativas e tendências profissionais no foco do desenvolvimento sustentável no contexto do Ano Internacional da Biodiversidade.

A BIODIVERSIDADE NO BRASIL

O termo diversidade biológica é relativamente recente, tendo sido criado por Thomas Lovejoy, em 1980. Biodiversidade é o estudo da variedade de espécies de organismos vivos encontrados nos diversos ecossistemas do planeta e que hoje se encontra ameaçada por diversos fatores. A biodiversidade pode ser subdividida em: diversidade genética (diversidade de genes), diversidade específica (diversidade das espécies animais e vegetais) e diversidade ecossistêmica (diversidade dos ecossistemas presentes em no planeta).

O Brasil é considerado o país de maior diversidade biológica do planeta. Segundo o Ibama, órgão responsável pelas listas oficiais de espécies da fauna e da flora brasileiras ameaçadas de extinção, 219 espécies animais (109 aves, 67 mamíferos, 29 insetos, nove répteis, um anfíbio, um artrópode, um coral, um peixe e um crustáceo) e 106 espécies vegetais correm o risco de desaparecer.

Existem dezessete países no mundo considerados “megadiversos” pela comunidade ambiental. São nações que reúnem em seu território imensas variedades de espécies animais e vegetais. Sozinhas, detêm 70% de toda a biodiversidade global. Normalmente, a “megadiversidade” aparece em regiões de florestas tropicais úmidas. É o caso de países como Colômbia, Peru, Indonésia e Malásia. Nenhum deles, porém, chega perto do Brasil. O país abriga aproximadamente 20% de todas as espécies animais do planeta. A variedade da flora também é impressionante. De cada cinco espécies vegetais do mundo, uma está por aqui.

O surgimento da biodiversidade está ligado diretamente com o aumento da consciência ecológica no final do

século XX e pode ser interpretada como “vida sobre a Terra”. Cálculos da Universidade Harvard feitos em 1987 estimavam a existência de algo em torno de 5 milhões de espécies de organismos vivos no planeta. Estudos mais recentes mostram que a biodiversidade global deve se estender a até 100 milhões de espécies. Destas, apenas 1,7 milhão já foram catalogadas.

A senadora Marina Silva, em seu artigo intitulado Economia da Vida alerta que:

“Por outro lado, a situação brasileira, em relação à conservação de biodiversidade, é considerada uma das mais graves no mundo. A Amazônia já perdeu 18% de sua cobertura florestal, a Mata Atlântica está reduzida a menos de 10% de sua extensão original e o Cerrado e a Caatinga encontram-se hoje com possivelmente 2/3 de suas áreas antropizadas. São essas as regiões onde se concentram grande parte da diversidade biológica do país, assim como a maior fração das espécies endêmicas ao nosso território.”

Corroborando com o pensamento de Marina Silva, os fatores que mais ameaçam a biodiversidade são a caça predatória e ilegal, a derrubada de florestas, as queimadas, a destruição dos ecossistemas para loteamento e a poluição de rios. Outro problema grave que ameaça a fauna e a flora brasileira é a chamada biopirataria, a saída ilegal de material genético ou subprodutos de plantas e animais para pesquisas sobre novos medicamentos e cosméticos no exterior sem o pagamento de patentes. Uma vez patenteados por laboratórios internacionais, temos que pagar pela patente que, na verdade, seria nossa.

Novas espécies são descobertas todos os dias e outras desaparecem sem que se tome conhecimento de sua existência. Existem cerca de 14 milhões de espécies na Terra. Dez milhões dessas espécies são animais, 1,5 milhões são fungos e 300.000 são plantas. Um milhão das espécies restantes são algas, bactérias e microorganismos.

Em relação as espécies ameaçadas de extinção no Brasil, explica a Marina Silva que:

“Como decorrência, o número de espécies ameaçadas de extinção no Brasil vem aumentando nas últimas décadas. Tomando como exemplo apenas o grupo dos mamíferos, em 1973 eram 29 espécies ameaçadas de extinção, passando para 58 espécies em 1994 e, 69 em 2005. Isso representa um aumento de 238% em cerca de 30 anos. Em outras palavras, o número de mamíferos ameaçados de extinção no Brasil quase que se duplicou a cada 10 anos.”

Ao lado do desaparecimento gradual das espécies ameaçadas de extinção, o aquecimento global vem se tornando uma ameaça a biodiversidade desde que se iniciaram os processos de industrialização no mundo. Esse processo trouxe junto com si não só o desenvolvimento da

tecnologia e outras áreas, mas também trouxe muito prejuízo a atmosfera da Terra o que está provocando imensas transformações em todos os ecossistemas da Terra como transformações realmente impressionantes no clima. Tudo isso se deve ao excesso de emissão de gases poluentes na atmosfera como monóxido e o dióxido de carbono e o de enxofre.

A nova lei de mudanças climáticas

Os 8,5 milhões de quilômetros quadrados do Brasil englobam várias zonas climáticas, entre elas a equatorial (Norte), a semi-árida (Nordeste) e a subtropical (Sul). A variação de climas é a principal mola para as diferenças ecológicas. O Brasil é dono de sete zonas biogeográficas distintas, entre elas a maior planície inundável (o Pantanal) e a maior floresta tropical úmida do mundo (a Amazônia).

A recente Lei de Mudanças Climáticas brasileira teve três vetos presidenciais em relação ao texto original aprovado pelo Congresso Nacional. Foram mantidas as metas de redução das emissões de gases de efeito estufa no país entre 36,1% e 38,9% até 2020, mas o governo ganhou tempo para discuti-la antes de torná-la oficial.

Um decreto presidencial editado em 2010 explicitaria como as metas de redução das emissões de gases seriam alcançadas, alterando as rotinas da cadeia produtiva trazendo o detalhamento específico a ser cumprido por cada setor da economia brasileira. Num curto espaço de tempo, antes da edição do decreto, o governo federal deverá discutir com os diversos segmentos da sociedade civil, organizações não governamentais e governos estaduais o que poderia ser feito para ajudar na redução dos gases de efeito estufa.

Sob a pressão do Ministério de Minas e Energia, entre os vetos determinados pelo Presidente da República, está o que retira a palavra “abandono” de um artigo que inicialmente previa o “abandono paulatino de uso de fontes energéticas que usem combustíveis fósseis”. Caso a palavra tivesse permanecido, o Brasil estaria impedido de utilizar combustíveis fósseis na produção de energia no futuro.

Outro veto presidencial retirou do texto a possibilidade de se contingenciar recursos do governo utilizados para a redução dos gases. Para a área técnica do Poder Executivo, o veto ao contingenciamento de recursos orçamentários ocorreu pelo fato dessa matéria só poder ser disciplinada por meio de uma lei complementar e a lei da Política Nacional de Mudanças Climáticas se trata de uma lei ordinária.

Também foi retirada do texto aprovado pelo congresso a “prioridade para o uso de pequenas usinas hidrelétricas na produção de energia”. A redação original previa que o governo “desestimulasse a produção energética por meio das médias e grandes usinas”. Como as hidrelétricas de médio e grande porte também são energia renovável, o texto original dava a entender que as médias e grandes não seriam estimuladas, portanto, foi vetado do texto a prioridade que seria apenas para as pequenas usinas.

Tratando-se da criação de novas regras que afetam

setores econômicos em benefício da proteção atmosférica, é importante que os diversos segmentos da economia envolvidos colaborem com informações técnicas em todas as fases do processo de elaboração legislativa, pois, o grande desafio dos congressistas brasileiros do terceiro milênio será, sem dúvida, ter conhecimento para saber elaborar normas que, além de atenuarem os impactos ambientais negativos do crescimento econômico no clima do planeta, não prejudiquem a cadeia produtiva da nação.

O decreto de anistia aos desmatamentos

Enquanto a Conferência de Mudanças Climáticas das Nações Unidas (COP-15), realizada em Copenhague, buscava alternativas para a grave questão do aquecimento global, um decreto presidencial brasileiro foi editado favorecendo a impunidade dos crimes ambientais contendo graves retrocessos, especificamente em relação a concessão de uma espécie de “moratória” (até abril de 2012) para desmatamentos feitos nas áreas de reserva legal.

O programa “Mais Ambiente” traz como objetivo evitar sanções legais aos proprietários de áreas de preservação permanente, se os infratores aderirem imediatamente ao citado programa de regularização ambiental. Assim, por exemplo, após a prática de um desmatamento, os proprietários que aderissem ao compromisso, teriam uma espécie de “anistia” a todos os crimes cometidos em qualquer área. O Decreto dispensou tratamento de forma igual para todas as regiões do país, ou seja, as reservas legais da Amazônia, teriam o mesmo tratamento jurídico dispensado a áreas do Sul ou Centro-Oeste brasileiro.

Diante do exposto, o novo Decreto brasileiro editado em plena COP-15 deixa transparecer uma grave contradição: ao passo que nosso governo apoiou medidas indicando a redução das emissões de gases do efeito estufa para reduzir o impacto do aquecimento global, desconsiderou a contribuição do desmatamento para o agravamento das mudanças climáticas podendo trazer conseqüências desastrosas na nossa biodiversidade.

As energias renováveis

Ao lado da questão climática, o impacto ambiental das questões energéticas começa a despertar a atenção de juristas, empresários e governantes. No Ano Internacional da Biodiversidade, o Brasil também pode se destacar pelo seu grande potencial de geração de energia a partir de fontes renováveis.

As principais energias renováveis do Brasil seriam a energia solar (através de painéis solares e células fotovoltaicas), eólica (de simples moinhos de vento a modernas turbinas eólicas), hídrica (força cinética das águas de um rio e a converte em energia elétrica, com a rotação de uma turbina hidráulica) e biomassa (tem como fonte os resíduos da agricultura, florestas e a fração biodegradável dos resíduos industriais e urbanos).

Os recursos naturais no país, como água, sol e ventos justificam o interesse de grandes empreendimentos na

busca da redução da poluição para preservação da biodiversidade, com aplicação de recursos em projetos de energias limpas. Assim, é fundamental para as empresas com potencial para utilização de fontes alternativas a busca de melhores práticas de geração, financiamentos, planejamento ao mesmo tempo em que garantem maior produtividade e vantagem competitiva.

No plano internacional, o Brasil tem demonstrado a sua intenção de otimizar o uso de energias renováveis diversificando as fontes de geração de energia reduzindo, portanto, o risco de um novo déficit hidrológico, que geralmente leva à crise e ao racionamento, a exemplo do que ocorreu nos verões de 2001 e 2002.

Neste aspecto, é necessário sensibilizar o governo sobre a necessidade de políticas públicas e investimentos consideráveis na área de energias renováveis e pesquisas.

O novo papel do Ibama

Ao lado da questão climática, o impacto ambiental das questões energéticas começa a despertar a atenção de juristas, empresários e governantes. No Ano Internacional da Biodiversidade, o Brasil também pode se destacar pelo seu grande potencial de geração de energia a partir de fontes renováveis.

As principais energias renováveis do Brasil seriam a energia solar (através de painéis solares e células fotovoltaicas), eólica (de simples moinhos de vento a modernas turbinas eólicas), hídrica (força cinética das águas de um rio e a converte em energia elétrica, com a rotação de uma turbina hidráulica) e biomassa (tem como fonte os resíduos da agricultura, florestas e a fração biodegradável dos resíduos industriais e urbanos).

Os recursos naturais no país, como água, sol e ventos justificam o interesse de grandes empreendimentos na busca da redução da poluição para preservação da biodiversidade, com aplicação de recursos em projetos de energias limpas. Assim, é fundamental para as empresas com potencial para utilização de fontes alternativas a busca de melhores práticas de geração, financiamentos, planejamento ao mesmo tempo em que garantem maior produtividade e vantagem competitiva.

No plano internacional, o Brasil tem demonstrado a sua intenção de otimizar o uso de energias renováveis diversificando as fontes de geração de energia reduzindo, portanto, o risco de um novo déficit hidrológico, que geralmente leva à crise e ao racionamento, a exemplo do que ocorreu nos verões de 2001 e 2002.

Neste aspecto, é necessário sensibilizar o governo sobre a necessidade de políticas públicas e investimentos consideráveis na área de energias renováveis e pesquisas.

O crescimento das profissões verdes

Apesar do retrocesso da Lei Complementar nº 12 de 2003, o Ano Internacional da Biodiversidade começa a

consolidar o avanço em relação ao crescimento das profissões verdes. Na década de 90, após o apogeu do conceito de sustentabilidade nas empresas, se passou a investir na responsabilidade ambiental buscando profissionais capacitados para criar soluções para os problemas sócio-ambientais das cadeias produtivas.

Grandes empresas passaram a investir em profissionais com um perfil sustentável estimulando a especialização em matéria ambiental dos escritórios de advocacia estimulando a procura pelos cursos de capacitação em gestão ambiental por parte de operadores do Direito.

No Ano Internacional da Biodiversidade ressalta-se a tendência de expansão dos cursos de pós-graduação em matéria ambiental e a inclusão de novas disciplinas nas grades curriculares das instituições de ensino de graduação.

Considerações finais

Em 22 de Maio comemora-se o Dia Internacional da Biodiversidade. Pelas questões anteriormente esboçadas, fechamos o presente artigo concluindo que, em pleno ano Internacional da Biodiversidade, o Brasil ainda encontra-se “patinando” em muitos aspectos legais da questão ambiental, mas existem aspectos positivos que precisam ser ressaltados fora das questões legais.

Dentre os principais aspectos negativos, refletimos que a atual regulação brasileira ainda não é suficiente para contribuir com a preservação plena da nossa biodiversidade dando tratamento suave aos desmatamentos e demais crimes ambientais e o IBAMA tende a enfraquecer seu poder de fiscalização e controle.

No aspecto positivo, vislumbra-se ao lado da edição da Lei de Mudanças Climáticas, que nossas energias renováveis abundantes deverão gradualmente despertar a tendência em investimentos nos empreendimentos que procurem a redução da poluição sendo crescente a busca das empresas por profissionais com perfil sustentável.

Finalmente, o espírito do Ano Internacional da Biodiversidade não parece ter sido acolhido pelo legislador brasileiro para que possa consagrar sua função de realçar a importância vital que a biodiversidade tem para o bem-estar humano e para a sobrevivência da humanidade.

Referências

BRASIL. **Projeto de Lei Complementar nº 12 de 2003**. Disponível a partir de: <www.camara.gov.br>

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível a partir de: <www.mma.gov.br/>

OLIVEIRA, Aline. **Profissões verdes: um mundo de possibilidades**. Disponível a partir de: <<http://www.vencer.com.br>>

PLANETA ORGÂNICO. **Energias renováveis**. Disponível a partir de: <<http://www.planetaorganico.com.br>>

PORTO, Laura. **Energias Renováveis no Brasil**. Ministério das Minas e Energia. Disponível a partir de: <<http://www.ecoclima.org.br>>

SILVA, Marina. **A economia da vida**. Disponível a partir de: <<http://terramagazine.terra.com.br>>

NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE O ASSÉDIO MORAL NA RELAÇÃO DE EMPREGO

Rodolfo Pamplona Filho

Professor Titular de Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região).

Sumário

01. Introdução. 02. Conceito e denominação. 03. Importância do Tema. 04. Distinção do Assédio Moral para o Assédio Sexual e o Dano Moral. 05. Classificação. 06. Elementos caracterizadores. 06.01. Conduta abusiva. 06.02. Natureza Psicológica do Atentado à Dignidade Psíquica do Indivíduo. 06.03. Reiteração da Conduta. 06.04. Finalidade de Exclusão. 06.05. Algumas palavras sobre a Necessidade ou não de Dano Psíquico-Emocional. 07. Casuística. 08. Conseqüências do Assédio Moral. 08.01. Do ponto de vista da vítima. 08.01.01. Seqüelas Físicas e Psicológicas. 08.01.02. Caracterização da despedida indireta. 08.01.03. O dano moral e sua reparação. 08.02. Do ponto de vista do assediante. 08.02.01. Justa causa. 08.02.02. Responsabilidade patrimonial. 08.02.03. Conseqüências criminais. 08.03. Do ponto de vista do empregador. 08.03.01. Conseqüências pecuniárias diretas. a) Custo do absenteísmo. b) Queda de produtividade. c) Rotatividade da mão-de-obra. 08.03.02. Responsabilidade civil. a) Responsabilidade Civil do Empregado em Face do Empregador. b) O Litisconsórcio Facultativo e a Denúncia da Lide. c) Responsabilidade Civil do Empregador por Dano ao Empregado. 09. Combate. 10. Considerações Finais. 11. Referências.

1. Introdução

Falar sobre assédio moral é, em verdade, dissertar sobre um tema que remonta a tempos imemoriais e que, há bem pouco tempo, poderia ser encarado como um exagero ou uma suscetibilidade exacerbada.

De fato, encarar seriamente o assédio moral como

um problema da modernidade é assumir que os valores de hoje não podem ser colocados na mesma barema de outra, uma vez que a sociedade mudou muito a visão da tutela dos direitos da personalidade.

E é disso mesmo que se trata o assédio moral: uma violação ao um interesse juridicamente tutelado, sem conteúdo pecuniário, mas que deve ser preservado como um dos direitos mais importantes da humanidade: o direito à dignidade.

2. Conceito e denominação

O assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social.

Este nosso conceito busca um sentido de generalidade, pois o assédio moral não é um “privilégio” da relação de emprego, podendo ser praticado em qualquer ambiente onde haja uma coletividade, como, por exemplo, em escolas, comunidades eclesiais, corporações militares, entre outros.

Na relação de trabalho subordinado, porém, este “cerco” recebe tons mais dramáticos, por força da própria hipossuficiência de um dos seus sujeitos, em que a possibilidade de perda do posto de trabalho que lhe dá a subsistência faz com que o empregado acabe se submetendo aos mais terríveis caprichos e desvarios, não somente de seu empregador, mas até mesmo de seus próprios colegas de trabalho.

Por isso mesmo, os autores que têm se debruçado sobre a questão acabam sempre conceituando o fenômeno dentro do campo das relações de trabalho.

Neste sentido, Marie-France Hirigoyen entende o assédio moral como sendo “toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho”.

No mesmo diapasão, é o conceito elaborado por Sônia Aparecida Costa Mascaro Nascimento, que afirma que o “assédio moral se caracteriza por ser uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras,

capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tenha por efeito excluir a posição do empregado no emprego ou deteriorar o ambiente de trabalho, durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções”².

Por fim, vale registrar que a expressão “assédio moral” é, sem sombra de dúvida, a mais conhecida. Todavia, a título de informação, saliente-se que tal fenômeno é também denominado como *mobbing*³ (Itália, Alemanha e países escandinavos), *bullying* (Inglaterra), *harassment* (Estados Unidos), *harcèlement moral* (França), *ijime* (Japão), *psicoteror laboral ou acoso moral* (em países de língua espanhola), *terror psicológico, tortura psicológica ou humilhações no trabalho* (em países de língua portuguesa).

3. Importância do Tema.

O tema do assédio moral se encontra na “crista da onda”.

De fato, o enorme interesse despertado sobre o tema, na contemporaneidade, se revela na imensa quantidade de publicações destinadas ao esclarecimento e estudo da matéria.

A própria Organização Internacional do Trabalho, em seus periódicos mais recentes, tem reservado grande espaço para a análise deste complexo fenômeno que pulula em diversos países.

Independentemente disso, vale salientar que a própria preocupação mundial com o problema é, por si só, um grande sinal de sua importância, uma vez que mostra que a atenção dos juslaboralistas modernos não se resume ao conteúdo patrimonializado da relação trabalhista, mas sim a uma efetiva tutela dos interesses das pessoas envolvidas nesta “elétrica” relação jurídica.

4. Distinção do Assédio Moral para o Assédio Sexual e o Dano Moral.

Um ponto extremamente relevante, na visão introdutória sobre o assédio moral, é a sua distinção para o assédio sexual e para o dano moral.

De fato, qualquer uma das formas de assédio (tanto sexual, quanto moral) traz, em seu conteúdo, a idéia de cerco.

Todavia, a diferença essencial entre as duas modalidades reside na esfera de interesses tutelados, uma vez que o assédio sexual atenta contra a liberdade sexual do indivíduo, enquanto o assédio moral fere a dignidade psíquica do ser humano.

Embora ambos os interesses violados sejam direitos da personalidade, não há que se confundir as duas condutas lesivas, embora seja possível visualizar, na conduta reiterada do assédio sexual, a prática de atos que também atentam contra a integridade psicológica da vítima.

Já a noção de dano moral, definitivamente, não pode

ser confundida com o assédio.

De fato, o assédio, seja sexual ou moral, é uma conduta humana, como elemento caracterizador indispensável da responsabilidade civil, que gera potencialmente danos, que podem ser tanto materializados, quanto extrapatrimoniais.

O dano moral é justamente este dano extrapatrimonial que pode ser gerado pelo assédio, ou seja, a violação de um direito da personalidade, causada pela conduta reprovável ora analisada.

5. Classificação

Toda classificação varia de acordo com a visão metodológica de cada autor.

Todavia, no campo do assédio moral, é possível se visualizar três modalidades básicas, a saber o assédio moral vertical, horizontal ou misto.

O assédio vertical é aquele praticado entre sujeitos de diferentes níveis hierárquicos, envolvidos em uma relação jurídica de subordinação.

Trata-se da modalidade mais comumente admitida de assédio moral, dada a desigualdade entre os sujeitos envolvidos.

Quando praticado pelo hierarquicamente superior, com intuito de atingir o seu subordinado, denomina-se vertical descendente, em razão do sentido adotado pela conduta.

Por sua vez, vertical ascendente será, quando o hierarquicamente inferior agir com intuito de assediar o seu superior. Esta violência de “baixo para cima” não é tão rara como se possa imaginar, a primeira vista. Como exemplos, podemos citar situações em que alguém é designado para um cargo de confiança, sem a ciência de seus novos subordinados (que, muitas vezes, esperavam a promoção de um colega para tal posto). No serviço público, em especial, em que os trabalhadores, em muitos casos, gozam de estabilidade no posto de trabalho, esta modalidade se dá com maior frequência do que na iniciativa privada.

Já o assédio horizontal é aquele praticado entre sujeitos que estejam no mesmo nível hierárquico, sem nenhuma relação de subordinação entre si.

Frise-se que, assim como no vertical, a conduta assediadora pode ser exercida por uma ou mais pessoas contra um trabalhador ou um grupo destes, desde que, seja este grupo determinado ou determinável, não se admitindo a indeterminabilidade subjetiva (exemplo: toda a coletividade). Afinal, a conduta hostil e excludente do assédio moral, diante de sua característica danosa, será sempre dirigida a um funcionário específico ou a um grupo determinado para atingir sua finalidade.

Já o assédio moral misto exige a presença de pelo menos três sujeitos: o assediador vertical, o assediador horizontal e a vítima. Pode-se dizer que o assediado é atingido

por “todos os lados”, situação esta que, por certo, em condições normais, se torna insustentável em tempo reduzido.

6. Elementos caracterizadores

Na falta de uma previsão legal genérica sobre assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro, uma adequada visão metodológica da matéria impõe, para a fixação de claros limites para a sua caracterização, o destrinchar do conceito doutrinário propugnado, de forma a permitir uma efetiva compreensão do instituto.

Como conceituamos assédio moral como “uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social”, podemos extrair quatro elementos, a saber:

a) Conduta abusiva;

b) Natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo;

c) Reiteração da Conduta;

d) Finalidade de exclusão.

Alguns autores insistem em colocar a necessidade de um dano psíquico-emocional como imprescindível para a caracterização do assédio moral. Embora não concordemos com tal concepção, faremos algumas breves observações sobre a necessidade ou não de tal demonstração.

6.1. Conduta Abusiva

A concepção de conduta abusiva aqui utilizada se refere ao abuso de direito como ato ilícito, na forma propugnada pelo art. 187 do vigente Código Civil brasileiro.

Isto porque o convívio humano enseja o estabelecimento de laços de amizade e camaradagem, em que brincadeiras podem ser feitas de forma livre.

Todavia, quando tais gracejos extrapolam os limites do aceitável, adentra-se ao campo do abuso de direito, que deve ser duramente reprimido, como ato ilícito que efetivamente é.

6.2. Natureza Psicológica do Atentado à Dignidade Psíquica do Indivíduo

O campo de investigação do assédio moral reside na violação a direitos da personalidade do indivíduo, com prática de atos atentatórios à sua dignidade psíquica.

Quando a conduta afeta também aspectos corpóreos do ser humano, pode-se verificar a ocorrência de algum outro tipo de ato ilícito, qual seja, a agressão física ou o esbulho patrimonial, entre outros.

Este é um elemento bastante relevante, pois poderá delimitar o campo de alcance da eventual reparação que se pretender em juízo.

6.3. Reiteração da conduta

O assédio moral se caracteriza, visivelmente, através da prática de condutas repetitivas e prolongadas, de conteúdo ofensivo e/ou humilhante.

Como regra geral, tanto o assédio moral, quanto o sexual depende, para a sua configuração, de que a conduta do assediante seja reiterada.

É sempre importante mencionar que a idéia de assédio lembra “cerco”, o que, normalmente, não é algo tópico ou esporádico...

Um ato isolado geralmente não tem o condão de caracterizar, doutrinariamente, tal doença social.

Na situação do assédio sexual, há, de fato, precedentes jurisprudenciais no Direito Comparado que entendem que se a conduta de conotação sexual do assediante se revestir de uma gravidade insuperável (como, por exemplo, em casos de contatos físicos de intensa intimidade não aceitável socialmente), é possível o afastamento deste requisito.

Como nos informa, com sua autoridade peculiar, Alice Monteiro de Barros, “o Tribunal do Reino Unido, no caso *Bracebridge Engineering Ltd. x Darby*, entendeu que um só incidente é suficientemente grave para se aplicar a lei contra discriminação sexual. A propósito, a legislação da Costa Rica assegura a possibilidade do assédio sexual configurar-se pela prática de uma única conduta, desde que seja grave.”⁴

Apesar deste “desprezo jurisprudencial” por este requisito, a sua menção nos parece fundamental, uma vez que, salvo eventual divergência fundamentada em direito positivo (em que valerá o brocardo *dura lex, sede lex*), é sintomática a observação de que o afastamento deste requisito se dá sempre como exceção.

Isto não implica, por certo, que o dano decorrente de único ato ofensivo não venha a ser reparado. O que se quer dizer é que, em síntese, tal conduta danosa não deve ser tida como assédio moral.

6.4. Finalidade de Exclusão

O elemento anímico, no assédio moral, não pode ser desprezado.

Com efeito, a conduta abusiva e reiterada, atentatória à dignidade psíquica do indivíduo, deve ter por finalidade a exclusão da vítima do ambiente.

Ressalte-se que essa finalidade pode ser implícita ou explícita, pois, em verdade, se a manifestação é expressa no sentido de afastar a vítima do ambiente social, nenhuma dificuldade se tem na verificação da ocorrência do assédio moral.

Todavia, a questão é muito mais profunda do que se possa imaginar, à primeira vista, uma vez que tal finalidade pode ser extraída dos fatos postos em juízo, mesmo quando

a intenção declarada ao público é diametralmente oposta.

É o caso, por exemplo, das campanhas motivacionais tão incensadas no meio empresarial, notadamente nos ramos destinados a vendas.

Se há a intenção de motivar o trabalhador para o alcance de metas, que se estimule ou premie os melhores, de forma a fazer com que aqueles, que não tiveram o mesmo êxito, busquem lograr tal galardão. Contudo, é inaceitável a imposição de “brincadeiras” que exponham a vítima ao ridículo.

Algumas dessas situações serão abordadas no tópico de casuística deste artigo.

6.5. Algumas palavras sobre a Necessidade ou não de Dano Psíquico-Emocional

Sendo o assédio moral a conduta lesiva; o dano psíquico-emocional deve ser entendido como a consequência natural da violação aos direitos da personalidade da vítima.

Note-se, portanto, que a necessidade do dano não é um elemento da caracterização do assédio moral, mas, sim, da responsabilidade civil decorrente de tal conduta.

Neste ponto, discordamos da ilustre e culta colega Sônia A. C. Mascaro Nascimento, ao afirmar que “a configuração do assédio moral depende de prévia constatação da existência do dano, no caso, a doença psíquico-emocional. Para tanto, necessária a perícia feita por psiquiatra ou outro especialista da área para que, por meio de um laudo técnico, informe o magistrado, que não poderia chegar a tal conclusão sem uma opinião profissional, sobre a existência desse dano, inclusive fazendo a aferição do nexa causal”⁵

De fato, a doença psíquico-emocional, como patologia, pode advir do assédio, mas não necessariamente ocorrerá, nem é elemento indispensável, pois o que é relevante, na caracterização do mobbing, é a violação do direito da personalidade, cuja materialização ou prova dependerá do caso concreto.

7. Casuística

Nossa atuação profissional tem nos permitido conhecer situações de assédio moral nos mais diversos rincões do país.

Embora tenhamos, em nossos arquivos, cópias de sentenças e de outras peças processuais comprovadores dos fatos que a seguir serão relacionados, optamos por omitir as fontes, preservando a intimidade dos envolvidos.

O elemento comum, porém, em todos os processos, que pululam em pontos diversos da jurisdição nacional, é que a finalidade de exclusão era apenas implicitamente reconhecida, pois todas se travestiam de campanhas motivacionais de alcance de metas empresariais.

No estado da Bahia, por exemplo, em diversos proces-

sos judiciais, foi constatada a ocorrência de uma campanha motivacional em que os empregados que não alcançavam a meta tinham de ficar, em um auditório, posicionados nas últimas cadeiras, sendo taxados de “morcegos”, “vampiros” ou “sanguessugas”, pois estariam, supostamente, “tirando o sangue da equipe”, ao não alcançar a meta pretendida.

Ainda no mesmo estado, o Ministério Público do Trabalho ajuizou uma ação civil pública em face de uma indústria local de bebidas, pois a conduta assediadora do seu gerente de vendas, em relação a seus colegas de trabalho chegou ao cúmulo de queimar as nádegas de uma funcionária, que foi – pasmem! – oferecida como “prêmio” aos vendedores que a atingissem determinada cota mensal de vendas ou a clientes que adquirissem os produtos da empresa.

No estado de Sergipe, uma conhecida empresa fazia pequenos quadros do seus vendedores menos produtivos, segurando um “excremento de brinquedo”, para destacá-los como os funcionários que foram uma “m...”, como consta no depoimento do próprio preposto da empresa reclamada.

No estado de Santa Catarina, a “brincadeira” era mais “ingênua”... Os vendedores que não alcançassem a meta deveriam dançar a conhecida canção “Na Boquinha da Garrafa” perante todos os seus colegas...

Em São Paulo, a exposição ao ridículo, em determinada empresa, variava entre desfilar de saias (para os vendedores do sexo masculino) até mesmo se submeter à “brincadeira” (brincadeira só tem graça quando todos se divertem...) do “corredor polonês” (todos os vendedores se posicionavam em duas filas e as vítimas passavam correndo entre eles, sob pauladas...)

Definitivamente, não há limites para a criatividade humana quando quer violentar direitos...

8. Conseqüências do Assédio Moral

O estudo das conseqüências do assédio moral, assim como do sexual, na relação de emprego deve ser procedido de forma sistemática, de acordo com o protagonista envolvido.

Isto porque, sem sombra de dúvida, as conseqüências serão diferenciadas para a vítima (empregado assediado), para o assediador (caso este não seja o empregador pessoa física) e para a empresa envolvida com o assédio moral.

Neste tópico, esclarecemos que estamos abordando as conseqüências genéricas da ocorrência do assédio, tomando como base a idéia de ser um empregado assediado por um colega de trabalho, o que acarretará conseqüências também para a empresa empregadora.

Vale destacar, porém, que é possível uma variação dessas conseqüências nas hipóteses do assediador ser o próprio empregador ou, em situação excepcional extrema, o assédio partir do empregado contra o empregador.

Vejamos, portanto, estas conseqüências, de acordo

com as peculiaridades de cada ator desta tragédia social, que é o assédio moral.

8.1. Do ponto de vista da vítima

As conseqüências mais dramáticas do assédio são reservadas, sem sombra de qualquer dúvida, para a vítima da conduta abusiva reiterada (e rejeitada) de natureza psicológica.

De fato, em primeiro lugar, a própria interferência na relação de trabalho em si gera, quase sempre, um evidente prejuízo no rendimento do(a) trabalhador(a), pois cria um ambiente laboral inadequado, com extrema pressão psicológica.

Além disso, a divulgação do fato, ainda que de forma restrita ao âmbito da empresa, não deixa de afetar a intimidade da vítima, seja pelos comentários dos colegas de trabalho, seja através das próprias investigações internas sobre o caso. Isto sem falar em eventuais represálias (também caracterizadoras de reparação de danos morais e materiais), como, por exemplo, recusa de promoções, transferência de função ou de locais de trabalho ou, até mesmo, a despedida direta.

É preciso ter em mente, portanto, que o assédio é, em qualquer uma de suas espécies, uma ofensa para a vítima, na sua dignidade como pessoa.

8.2. Sequelas Físicas e Psicológicas

O assédio pode ser encarado como um trauma na vida do indivíduo.

Isto porque gera, muitas vezes, seqüelas físicas e psicológicas de tal ordem na vítima, que lembram cicatrizes, pois podem até não doer tanto no futuro, mas ficarão indelévelmente marcadas na história daqueles indivíduos.

Dentre estas seqüelas, tem-se observado que a maioria das pessoas ofendidas passou a padecer das formas mais graves de tensão, ansiedade, cansaço e depressão, com a necessidade médica de tratamentos, particularmente de natureza psicológica.

Uma investigação realizada pela Confederação Internacional de Organizações Sindicais Livres (CIOSL) concluiu, em relação ao assédio sexual, que o mesmo produzia um meio de trabalho tenso e hostil, observando-se nas vítimas, por meio dos estudos médicos realizados, dores de cabeça, pescoço, estômago e costas, com uma diminuição considerável da concentração e um manifesto desinteresse pelo trabalho, com o surgimento/aprofundamento de sintomas como insônia, indiferença e depressão, o que demonstra a correlação desta figura com a segurança, saúde, integridade física e moral das pessoas.

8.1.2. Caracterização da despedida indireta

O assédio também caracteriza, do ponto de vista do direito positivo brasileiro, uma hipótese de despedida indireta (ou demissão forçada, como prefere denominá-la José

Martins Catharino) do(a) trabalhador(a).

Seu enquadramento se dará, em regra, na alínea “e” (“praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama”) do artigo 483 da Consolidação das Leis do Trabalho.

A depender, porém, da situação fática correspondente, o enquadramento poderá se dar na alínea “c” (“correr perigo manifesto de mal considerável”), caso seja admitida, pelo direito positivo brasileiro, a hipótese de tentativa de assédio moral.

Ressalte-se, porém, que a despedida indireta é sempre uma situação de extrema delicadeza, pois significa, em última análise, que a situação laboral se deteriorou de tal forma que o trabalhador prefere abrir mão de seu posto de trabalho – fonte normalmente única de sua subsistência – a continuar se submetendo às condutas que lhe são impostas pelo empregador ou seus prepostos.

8.1.3. O dano moral e sua reparação

A esfera extra patrimonial dos indivíduos é profundamente violentada com a prática do assédio.

De fato, o cerceamento dos valores da dignidade e da liberdade fere profundamente um âmbito da personalidade do ser humano que não pode ser reduzido pecuniariamente.

A fórmula encontrada pelo ordenamento jurídico para reparar tal dano foi a possibilidade jurídica de estipulação de uma compensação, não necessariamente pecuniária (apesar de ser, frequentemente, a mais adotada), para tentar amenizar a dor sofrida pela vítima. Esta sanção pelo dano moral poderá, inclusive, consistir em uma retratação ou desagravo público, o que, de certa forma, também compensa a dor sentida pela vítima.

Assim sendo, a reparação civil por danos morais é constantemente invocada quando se fala em assédio moral, havendo, inclusive, quem denuncie a existência de uma “indústria” de milionárias indenizações por danos morais.

Vale destacar, porém, que o pleito poderá versar tanto pelo dano moral, quanto o material, com fundamento em violação do direito à intimidade, assegurado no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988⁷.

Destacamos o sub-tópico do dano moral em relação aos itens anteriores, pelo fato de que o mesmo pode decorrer não somente do assédio moral em si, mas também das eventuais represálias perpetradas pela recusa da vítima (tais como recusa de promoções, transferências de função ou local de trabalho, despedida etc.), o que é ainda mais agravado quando, em que pese ser denunciada a conduta indesejada e reiterada de natureza psicológica, não são adotadas, em troca, quaisquer medidas, durante a vigência da relação de direito material, contra o ofensor.

8.2. Do ponto de vista do assediante

O ordenamento jurídico não pode, nem deve deixar que o assediante, violentador da dignidade da vítima, fique impune pelos atos praticados.

As conseqüências para o assediante podem ser analisadas sob três ordens: trabalhista (caracterização de justa causa para a extinção do vínculo empregatício), civil (responsabilidade patrimonial direta pelo dano causado) e criminal (aplicação de sanções penais, caso os atos praticados se enquadrem em tipo previamente existente).

Vejamos, pois, estas conseqüências.

8.2.1. Justa Causa

No assédio moral praticado por empregado contra colega de trabalho, a hipótese é, visivelmente, de justa causa para a extinção do contrato de trabalho, com fundamento no artigo 482, alínea “j” (“ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em legítima defesa, própria ou de outrem”) da Consolidação das Leis do Trabalho.

8.2.2. Responsabilidade patrimonial

Em matéria de assédio (tanto sexual, quanto moral), alguns ordenamentos jurídicos, no Direito Comparado, albergam previsões de responsabilidade patrimonial do empregado assediador, independentemente da responsabilidade patrimonial da empresa.

Esta é uma medida das mais louváveis, uma vez que o efetivo violador da moralidade média foi o empregado, e não diretamente a empresa empregadora.

Todavia, tal disciplina muitas vezes impossibilita a efetiva reparação dos danos, por falta de condições financeiras do agente assediante.

No Brasil, a sistemática do direito positivo trouxe previsão de responsabilidade civil objetiva do empregador pelos atos dos seus prepostos, independentemente e sem prejuízo da possibilidade de responsabilização direta do agente causador do dano, conforme verificaremos em tópico posterior, em que esmiuçaremos a matéria.

Todavia, isto não exclui, a possibilidade de uma ação própria, ainda que regressiva, do empregador contra o empregado assediante/assediador, para ressarcimento dos gastos que teve pelo ato imputável a este empregado.

Acreditamos que é possível, inclusive, a denúncia da lide do empregado assediante, na ação ajuizada pelo empregado assediado contra a empresa, de forma a verificar especificamente a delimitação de responsabilidades pelo ato discutido em juízo.

Este nosso posicionamento, inclusive, nos parece respaldado pela previsão do §1º do art.462 consolidado - que traz a regra geral sobre a possibilidade de descontos no salário do trabalhador (“Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de

contrato coletivo.”) – que expressamente preceitua: “Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.”

Não se deve erigir a grau absoluto a responsabilidade objetiva do empregador quanto ao assédio praticado nas relações de trabalho por seus agentes ou prepostos, pois isto seria instituir um enorme risco à atividade empresarial, estimulando uma verdadeira febre de indenizações, sem responsabilizar os autores diretos dos atos considerados ilícitos, sob a perspectiva da dignidade psíquica.

Estas idéias serão melhor trabalhadas em tópico posterior.

8.2.3. Conseqüências criminais

Além das conseqüências trabalhistas (justa causa) e civil (responsabilidade patrimonial) do empregado assediador, é possível existir, ainda, uma responsabilização criminal, caso a conduta ou os atos praticados se enquadrem em alguma das previsões tipificadas no vigente Código Penal brasileiro.

8.3. Do ponto de vista do empregador

O assédio prejudica também, e de vários modos, a empresa empregadora, ocasionando absenteísmo, queda de produtividade e substituição de pessoal, além da possibilidade concreta de responsabilização patrimonial – em condenações judiciais por danos morais e materiais – por força dos atos de seus empregados (assediadores).

8.3.1. Conseqüências pecuniárias diretas

Em termos de organização empresarial, o assédio gera, normalmente, diversas conseqüências pecuniárias diretas, a saber, o custo do absenteísmo, a queda de produtividade e a rotatividade da mão-de-obra.

Analisemos, ainda que rapidamente, estas três conseqüências.

a) Custo do absenteísmo

Os empregados assediados tendem a faltar ao serviço, ainda que muitas vezes formalmente sem justificção, como uma forma de “escapar” do comportamento assediador de seus algozes.

De fato, não é raro também o afastamento, com a suspensão do contrato de trabalho, mediante a apresentação de atestados médicos, demonstrando/comprovando situações em que os empregados (assediados) necessitam de afastamento do local de trabalho.

Ressalte-se que não se trata aqui de falsificação de atestados médicos, mas sim a manifestação direta das seqüelas físicas e psicológicas a que os assediados estão sujeitos, levando-os à somatização de suas apreensões, com o surgimento de doenças que justificam o afastamento do trabalho.

Esta ausência dos trabalhadores é bastante grave para a empresa, principalmente se o trabalhador for especializado na sua atividade, não havendo como substituí-lo imediatamente, o que leva a uma conclusão apriorística de que o assédio moral de empregados que exercem funções com conhecimento especializado é muito mais danoso à empresa do que o relativo a outras situações.

b) Queda de produtividade

Ainda que o trabalhador permaneça laborando no seu local habitual de trabalho, apesar do assédio, é perfeitamente natural - e, por isso, dentro das expectativas médias sobre o problema - que a sua produtividade caia visivelmente.

Isto porque não há como se exigir, razoavelmente, que um empregado, vítima de assédio, possa ter a tranqüilidade e a paz de espírito necessárias para o regular desempenho de suas atividades laborais.

Desta forma, novamente, o assédio gera uma consequência pecuniária danosa direta ao empregador, pois a queda da produtividade do empregado diminuirá, certamente, sua expectativa de ganho, o que é ainda mais dramático em uma economia globalizada como a contemporânea.

Como se isso não bastasse, o conhecimento, pelos demais empregados, da existência de um caso de assédio não apurado ou não punido gera uma insegurança e intranqüilidade no ambiente de trabalho, notadamente naqueles operários que estejam em situação pessoal e funcional semelhante à da vítima, levando também a uma queda geral de produtividade, onerando excessivamente a organização empresarial.

c) Rotatividade de mão-de-obra

Chegando à situação limite dramática de impossibilidade da continuidade do vínculo empregatício, mais uma consequência pecuniária terrível surgirá para o empregador.

De fato, além do pagamento das verbas rescisórias devidas pela extinção do vínculo empregatício (o que, segundo os apóstolos do combate ao denunciado "custo Brasil", já é um valor elevado para a maioria dos pequenos e médios empresários), o trabalho decorrente em da rotatividade da mão-de-obra também gera custos.

Com efeito, ter que treinar novos trabalhadores para a função outrora exercida pelo empregado assediado afastado, gerará um custo financeiro não previsto, originalmente, na programação orçamentária de qualquer empresa.

Além disso, uma grande rotatividade da mão-de-obra gera insegurança dentro da organização (notadamente para aqueles que desconhecem os fatos geradores desta dispensa), pelo temor de dispensas em massa, o que afeta também a produtividade, como tópico anterior.

Como se isto não bastasse, vale lembrar que esta rotatividade não ocorre somente em função de extinções de vínculos empregatícios, mas também em função de

transferências de local de trabalho ocorridas para evitar novos contatos entre assediante e assediado no ambiente laboral.

8.3.2. Responsabilidade civil

De acordo com o novo ordenamento jurídico, a responsabilidade civil do empregador por ato causado por empregado, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, deixou de ser uma hipótese de responsabilidade civil subjetiva, com presunção de culpa (Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal), para se transformar em uma hipótese legal de responsabilidade civil objetiva.

A idéia de culpa, na modalidade in eligendo, tornou-se legalmente irrelevante para se aferir a responsabilização civil do empregador, propugnando-se pela mais ampla ressarcibilidade da vítima, o que se mostra perfeitamente compatível com a vocação de que o empregador deve responder pelos riscos econômicos da atividade exercida.

E essa responsabilidade é objetiva, independentemente de quem seja o sujeito vitimado pela conduta do empregado, pouco importando que seja um outro empregado ou um terceiro ao ambiente laboral (fornecedor, cliente, transeunte etc).

Todavia, essa responsabilização civil do empregador, de forma objetiva, pode ensejar quem sustente que isso poderia estimular conflitos entre o empregado e a vítima, com o intuito de lesionar o empregador.

Se a tentação para o mal é uma marca humana, o Direito não deve se quedar inerte diante de tal condição.

E demonstraremos isso nos próximos dois tópicos.

a) Responsabilidade Civil do Empregado em Face do Empregador.

A redação do art.934 do Código Civil brasileiro de 2002 (art.1.524, CC-16) enseja o direito de regresso daquele que ressarcir o dano causado por outrem¹⁰.

No campo das relações de trabalho, contudo, o dispositivo deve ser interpretado em consonância com o já mencionado art.462 da Consolidação das Leis do Trabalho, que dispõe, *in verbis*:

"Art. 462. Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º. Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado."

Assim, para que o empregador possa descontar valores referentes a danos causados **culposamente** pelo empregado, será necessária a pactuação específica, seja prévia, seja quando da ocorrência do evento danoso, o que

é dispensável, por medida da mais lidima justiça, no caso de **dolo**, o que é evidente no caso de assédio moral.

Da mesma forma, o elemento anímico deverá ser comprovado pelo empregador, evitando abusos que importariam na transferência do risco da atividade econômica para o empregado.

Mais importante, porém, é o fato de que essa regra compatibiliza o caráter tuitivo que deve disciplinar toda norma trabalhista com a rígida regra de direito de que a ninguém se deve lesar, não se cancelando, pela via estatal, a irresponsabilidade de trabalhadores, enquanto cidadãos, pelos atos danosos eventualmente praticados.

E se o dano causado pelo empregado seja justamente o resultado patrimonial de um ato, praticado por ele, lesando direitos de terceiros, que o empregador teve de responder objetivamente?

É o que enfrentaremos no próximo tópico.

b) O Litisconsórcio Facultativo e a Denúnciação da Lide.

Se decorre da novel regra legal que o empregador responde objetivamente pelos danos causados pelo empregado, não há óbice para que a pretensão indenizatória seja direcionada em face do empregado, fulcrada na idéia de responsabilidade civil subjetiva, ou, melhor ainda, diretamente contra os dois sujeitos, propugnando por uma solução integral da lide.

Trata-se de medida de economia processual, pois permite verificar, desde já, todos os campos de responsabilização em uma única lide, evitando sentenças contraditórias.

E se a pretensão for deduzida somente contra o empregador, caberia a intervenção de terceiros conhecida por denúnciação da lide?

A denúnciação da lide, conforme ensina Manoel Antonio Teixeira Filho, “traduz a ação incidental, ajuizada pelo autor ou pelo réu, em caráter obrigatório, perante terceiro, com o objetivo de fazer com que este seja condenado a ressarcir os prejuízos que o denunciante vier a sofrer, em decorrência da sentença, pela evicção, ou para evitar posterior exercício da ação regressiva, que lhe assegura a norma legal ou disposição do contrato”.

Esta forma de intervenção de terceiros está prevista no art. 70 do vigente Código de Processo Civil brasileiro, que dispõe, *in verbis*:

“Art. 70 - A denúnciação da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor

indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.”

As duas primeiras previsões não interessam, por certo, ao campo das relações de trabalho, uma vez que é muito pouco provável que o direito material discutido em um processo de tal natureza se refira aos temas ali tratados.

Todavia, a terceira hipótese (obrigação, pela lei ou pelo contrato, de indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda) pode ser perfeitamente aplicável em um litígio dessa natureza.

Imagine-se, por exemplo, que o empregador esteja sendo acionado, sob a alegação de que uma empregada tenha sido assediada sexual ou moralmente por um colega de trabalho¹².

Em função dos danos materiais e morais causados por tal empregado, na sua atividade laboral, deve a empresa empregadora responder objetivamente, se provados todos os três elementos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade civil, sem quebra do nexo causal.

Nesse caso, baseando-se no já mencionado art. 462 da Consolidação das Leis do Trabalho, é plenamente cabível a responsabilização regressiva do empregado.

Por que não fazê-la nos mesmos autos da ação principal?

Poder-se-ia argumentar que isso faria demorar o ressarcimento da vítima, por ser gerada uma nova lide entre dois sujeitos, não tendo ela interesse jurídico em discutir a culpa, pela previsão legal de responsabilização objetiva.

Essa não nos parece, porém, a melhor solução.

Imagine, por exemplo, que não seja deferida a denúnciação da lide, sob tal fundamento - muito comum, inclusive, em ações de responsabilidade civil do Estado - mas, na ação regressiva, o suposto assediador NEGA a autoria e materialidade do fato.

Haveria, sem sombra de dúvida, a possibilidade jurídica de sentenças contraditórias, que desprestigiariam a atividade jurisdicional.

Assim sendo, consideramos não somente possível a formação do litisconsórcio passivo, mas principalmente recomendável o eventual deferimento da denúnciação da lide, garantindo-se, assim, uma resolução integral da demanda, possibilitando uma maior celeridade na efetiva solução do litígio e uma economia processual no sentido macro da expressão.

Até mesmo se tal ação foi ajuizada na Justiça do Trabalho, não haverá motivo razoável para se afastar a intervenção de terceiros, pois a regra de competência material do art. 114 da Constituição Federal de 1988 estará sendo estritamente observada, uma vez que teremos, sempre, demandas entre trabalhadores e empregadores (no exemplo dado, *empregada assediada X empregadora responsabilizada e empregadora responsabilizada X empregado assediador*).

c) Responsabilidade Civil do Empregador por Dano ao Empregado.

Uma questão interessante sobre o tema da Responsabilidade civil nas relações de trabalho se refere não aos danos causados pelo empregado, mas sim aos danos causados ao empregado.

Trata-se de uma diferença relevante.

No primeiro caso, como visto, o sistema positivado adotou a teoria da responsabilidade civil objetiva.

No segundo, porém, não há uma norma expressa a disciplinar o problema, pelo que a resposta deve ser encontrada dentro do sistema normativo.

E, sendo assim, a resposta dependerá das circunstâncias em que esse dano for causado.

Se esse dano decorrer de ato de outro empregado, a responsabilização, como já explicitado, será objetiva, cabendo ação regressiva contra o agente, nos casos de dolo ou culpa.

E se o dano, porém, for causado por um terceiro, ainda que no ambiente de trabalho?

Não temos dúvida em afirmar que, na regra geral, a responsabilidade civil continua a ser subjetiva.

E isso somente quando não houver a quebra do nexo causal!

Exemplifiquemos, para que nos tornemos mais claros.

Imagine-se, por exemplo, que um cliente do empregador, ao manobrar seu próprio carro, colida com o carro estacionado do empregado, no estacionamento da empresa.

É óbvio que esse dano patrimonial não deve ser exigido do empregador, ainda que o trabalhador esteja em seu horário de trabalho, à disposição da empresa, pois, nesse caso, o ato é imputável somente ao cliente.

Diferente é a situação em que o próprio empregador colide o seu carro com o automóvel do empregado, nas mesmas circunstâncias. Nesse caso, embora razoavelmente fácil de provar, o elemento anímico (dolo ou culpa) deve ser demonstrado em juízo.

Com isso, queremos dizer que a responsabilidade civil do empregador por danos causados ao empregado

será sempre subjetiva?

Não foi isso que dissemos.

Em verdade, acreditamos que, em condições normais, a responsabilidade civil, nesses casos, é, sim, subjetiva, salvo alguma previsão legal específica de objetivação da responsabilidade, como a do Estado ou decorrente de ato de empregado.

Todavia, não podemos descurar da nova regra da parte final do parágrafo único do art. 927 do CC-2002, que estabelece uma responsabilidade civil objetiva, **quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.**

A regra parece ser feita sob medida para relações empregatícias, pois, como já exposto, é o empregador que deve assumir os riscos da atividade econômica. É lógico que o risco a que se refere a disposição celetista é o risco/proveito, ou seja, a potencial ruína pelo insucesso da atividade econômica com que se pretendeu obter lucro.

Mas e quando essa própria atividade econômica pode, por si só, gerar um risco maior de dano aos direitos do empregado?

Aí, sim, como uma situação supostamente excepcional, é possível, sim, responsabilizar objetivamente o empregador.

Note-se, inclusive, que, por força de normas regulamentares, há uma série de atividades **lícitas** que são consideradas de risco para a higidez física dos trabalhadores, parecendo-nos despiciendo imaginar que, provados os três elementos essenciais para a responsabilidade civil – e ausente qualquer excludente de responsabilidade – ainda tenha o empregado lesionado de provar a culpa do empregador, quando aquele dano já era potencialmente esperado...

O raciocínio, aqui desenvolvido genericamente, pode ser aplicado, *mutatis mutandi*, para o assédio moral, a depender da atividade exercida pelo empregador.

9. Combate.

Apenas a título de arremate, fica a pergunta que não quer calar: como combater o assédio moral?

A melhor forma, respondemos nós, somente pode ser uma: prevenção.

Sem sombra de dúvida, “é melhor prevenir do que remediar”.

Esta máxima, fruto da sabedoria popular, é perfeitamente adequada para o problema do assédio moral.

O ideal é que haja uma política - pública e/ou privada - de combate ao assédio moral, política esta de caráter, obviamente, preventivo, o que evitará, por certo, muita “dor de cabeça” de empregadores e trabalhadores.

A importância da atividade de prevenção é evidente, não somente pelas altas quantias arbitradas comumente a título de indenizações por danos morais e materiais decorrentes do assédio moral, mas também pelo fato de o próprio tempo despendido, bem como o pessoal dedicado à investigação de condutas já tornadas públicas, terem um valor econômico não desprezível, sendo conveniente adotar medidas de precaução.

O mais importante a destacar, porém, no que toca à atividade de prevenção ao assédio moral, não exclusivamente em relação ao vínculo trabalhista, é que ela passa necessariamente por dois enfoques básicos, a saber, educação e fiscalização.

No que diz respeito à educação, a organização de campanhas esclarecedoras, seja por organismos públicos, seja por entidades não-governamentais, é uma iniciativa extremamente válida na prevenção desta doença social.

De fato, a informação prévia evidencia que determinados comportamentos, às vezes comuns em certos meios sociais – como, por exemplo, certas “liberdades” no trato entre amigos – não podem ser tolerados no ambiente de trabalho.

Esta atividade de educação possibilita, também, o afastamento de eventuais alegações dos assediadores de desconhecimento às restrições da conduta adotada, o que é um aspecto de grande relevância.

O exercício diuturno da liberdade, por incrível que pareça, deve ser ensinado, pois o convívio social é, em última análise, como já observado, a disciplina das restrições à liberdade individual.

Exemplificando de forma simplista, mas didática, as regras de comportamento social em um campo de nudismo são e devem ser obviamente diferentes das regras a ser adotadas em um convento ou em uma academia de ginástica (para utilizar paradigmas bem distintos).

Já a atividade de fiscalização deve ser exercida pelo empregador diretamente (ainda que, subjetivamente, possa ser feita pelo Estado), uma vez que implica necessariamente em uma atuação mais efetiva na própria relação de direito material.

Como o assédio moral deteriora o relacionamento entre as pessoas e a imagem da empresa e dos protagonistas do caso, comprometendo a atividade empresarial (o que afeta a produção, custos, vendas, despesas etc), não há a menor sombra pálida de dúvida de que o interesse primordial do combate ao assédio é do próprio empregador, sendo, inclusive, uma prerrogativa do seu poder de direção.

No desenvolvimento da fiscalização do assédio, a própria vítima pode ter um papel ativo, na advertência (e – por que não dizer? – confronto) ao assediador de que determinadas atitudes não são bem recebidas no caso concreto.

As atividades de fiscalização, porém, podem ser atribuídas, inclusive, aos prepostos da empresa. Recomen-

damos, porém, que esta atividade de fiscalização não seja exercida por um único preposto, pela circunstância óbvia de que este indivíduo pode ser, eventualmente, o próprio agente violador da liberdade e dignidade dos demais empregados, o que lhe retiraria a isenção de ânimo para atuar como fiscal do empregador.

10. Considerações Finais.

Estas são algumas rápidas considerações que consideramos conveniente trazer à baila, tendo em vista as atuais discussões doutrinárias sobre o problema do assédio moral.

Sem qualquer pretensão de que sejam encaradas como verdade absoluta, colocamo-nos à inteira disposição de todos aqueles que se propuserem a enfrentar (e combater) o assédio moral na sociedade brasileira.

Para um eventual aprofundamento no estudo do tema, elencamos, ao final, uma pequena bibliografia, onde o leitor poderá encontrar outros subsídios para o debate, bem como as principais fontes de consulta para o desenvolvimento deste artigo.

11. Referências.

AEBERHARD-HODGES, Jane. “Womem Workers and the Courts” in “International Labour Review”, v. 135, nº 5, 1996.

AGUIAR, André Luiz Souza. Assédio moral: o direito à indenização pelos maus-tratos e humilhações sofridos no ambiente do trabalho. São Paulo: LTR, 2005.

ALKIMIN, Maria Aparecida. Assédio moral na relação de emprego. Curitiba: Juruá, 2005.

BARRETO, Margarida Maria Silveira. Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações. São Paulo: EDUC, 2003.

BARROS, Alice Monteiro de, “O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado” in “Genesis – Revista de Direito do Trabalho”, vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.503.

BARROS, Renato da Costa Lino de Góes. Assédio Moral: caracterização de prova. Monografia (inérita) apresentada sob a orientação do Prof. Dr. Rodolfo Pamplona Filho no curso de Direito da UNIFACS, 2005.

CALVO, Maria del Mar Serna, “Acoso Sexual en las relaciones laborales” in “Relasur – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur”, nº 2, España, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, s/d., p. 34.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. V. 3. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUEDES, Márcia Novaes. Terror psicológico no trabalho. São Paulo: LTR, 2003.

HIRIGOYEN, Marie France. A violência perversa do

cotidiano. Tradução: Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

Mal estar no trabalho: redefinindo o assédio moral. Tradução: Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

MENEZES, Claudio Armando C. "Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos" in "Revista de direito trabalhista". São Paulo, ano 8, n. 10, p. 12-14, out. 2002.

NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. "Assédio moral no ambiente do trabalho" in "Revista LTR", São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo, "Orientação Sexual e Discriminação no Emprego" in "Discriminação" (coordenação de Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault), São Paulo, LTr Editora, 2000.

O Assédio Sexual na Relação de Emprego, São Paulo, LTr, 2001.

O Dano Moral na Relação de Emprego, 2ª ed., São Paulo, LTr Editora, 1999.

"Responsabilidade Civil nas Relações de Trabalho e o Novo Código Civil Brasileiro" in "Revista LTr", São Paulo/SP, ano 67, edição de maio/2003, págs.556/564; Repertório IOB de Jurisprudência, nº 10, 2º quinzena de maio/2003, volume II, pág.259/268, RTDC – Revista Trimestral de Direito Civil, ano 4, vol. 13, jan/mar/2003, p.177/197; Revista de Direito do Trabalho, São Paulo/SP, Editora Revista dos Tribunais, nº 111, ano 29, julho-setembro/2003, págs.158/176; "Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho", ano XI, nº 11, São Paulo, LTr Editora, 2003, p.78/92; "Revista do Tribunal Superior do Trabalho", ano 70, nº 1, jan a jun/2004, p.101/118; e "Revista Trabalhista Direito e Processo", vol. XII, Rio de Janeiro/RJ: Forense, outubro/novembro/dezembro/2004, p.183/202;

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, Litisconsórcio, Assistência e Intervenção de Terceiros no Processo do Trabalho, 2ª ed., São Paulo: LTr, 1993, p.196.

1. HIRIGROYEN, Marie France. A violência perversa do cotidiano. Tradução: Maria Helen Huhner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 65.

2. NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. Assédio moral no ambiente do trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.

3. Vocábulo derivado do verbo to mob que significa cercar, assediar, agredir, atacar. "Collana" Mobbing é uma experiência dirigida pelo pesquisador alemão Herald Ege que reúne obras de estudiosos do assédio moral e argumentos conexos ao fenômeno.

5. Barros, Alice Monteiro de, "O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado" in "Genesis – Revista de Direito do Trabalho", vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.503. Maiores informações podem ser obtidas no minucioso artigo de Jane Aeberhard-Hodges ("Womem Workers and the Courts" in "International Labour Review", v. 135, nº 5, 1996).

5. NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. Assédio moral no ambiente do trabalho. Revista LTR, São Paulo, v. 68, n. 08, p. 922-930, ago. 2004.

6. Calvo, Maria del Mar Serna, "Acoso Sexual en las relaciones laborales" in "Relasur – Revista de Relaciones Laborales en America Latina – Cono Sur", nº 2, España, OIT/Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, s/d., p. 34

7. Alice Monteiro de Barros destaca que uma "hipótese de dano material ou patrimonial, decorrente do assédio, seria a impossibilidade de permanecer a trabalhadora no emprego ou de conseguir outro em razão de má reputação conseqüente ao assédio." (Barros, Alice Monteiro de, ob. cit., p. 510).

8. "Na hipótese de o assédio sexual por chantagem ser praticado por prepostos (gerente, supervisor, etc.) do empregador, a legislação de alguns países (Austrália, Canadá, EUA, Reino Unido e Nova Zelândia) considera este último responsável solidário, por ter delegado poderes para aquele tomar decisões que afetem a situação do empregado no ambiente de trabalho, com efeitos tangíveis". (Barros, Alice Monteiro de, "O assédio sexual no Direito do Trabalho Comparado" in "Genesis – Revista de Direito do Trabalho", vol. 70, Curitiba, Genesis Editora, outubro/98, p.509).

9. "RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADOR. PERDA DO OLHO ESQUERDO. BRINCADEIRA DE ESTILINGUE DURANTE O ALMOÇO. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. 1) Ato ilícito: Empregado Atingido No Olho Esquerdo, Durante O Horário Do Almoço No Estabelecimento Industrial, Por Bucha De Papelão Atirada Com Estilingue Feito Com A Borracha De Luva. Perda Da Visão Do Olho Esquerdo. 2) Culpa Da Empresa Demandada: Presença Da Culpa Da Empresa Requerida "In Vigilando" (Falta De Controle Dos Funcionários A Sua Disposição) E "In Omittendo" (Omissão Nos Cuidados Devidos). 3) Culpa Concorrente Da Vítima: Não Reconhecimento Da Culpa Concorrente Da Vítima No Caso Concreto. 4) Pensionamento: Redução Da Capacidade Laborativa Caracterizada Pela Necessidade De Despendio De Maior Esforço, Em Função Da Visão Monocular (Art-1539 Do Cc). Fixação Do Percentual Da Pensão Com Base Na Perícia Do Dmj (30%) A Incidir Sobre A Remuneração Do Empregado Acidentado Na Data Da Ocorrência Do Acidente. Redução Do Valor Arbitrado Na Sentença. 5) Dano Moral: Caracterização Do Dano Moral Pela Grave Ofensa A Integridade Física Do Empregado Acidentado. Manutenção Do Valor Da Indenização Arbitrada Na Sentença, Que Abrangeu Os Danos Morais E Estéticos. Sentença De Procedência Modificada. Apelação Parcialmente Provida." (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, APELAÇÃO CÍVEL Nº 70003335924, NONA CÂMARA CÍVEL, RELATOR: DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO, JULGADO EM 12/12/01)

"Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz."

10. "Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz."

11. TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, Litisconsórcio, Assistência e Intervenção de Terceiros no Processo do Trabalho, 2ª ed., São Paulo: LTr, 1993, p.196.

12. Sobre o tema, confira-se PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Assédio Sexual na Relação de Emprego, São Paulo: LTr, 2001.

UMA NOVA BASE PARA O DIREITO CONTRATUAL

Gladston Mamede

Bacharel e Doutor em Direito pela UFMG. Professor da Universidade FUMEC. Autor da coleção “Direito Empresarial Brasileiro”

1. Acordo de vontades

O Direito Contratual pode ser compreendido como o espaço normativo do cidadão, da *partícula* (donde *particular*). A gênese das normas contratuais não é a soberania, ou seja, o poder estatal soberano que se manifesta coercitivamente sobre a sociedade em geral sob a forma de normas constitucionais, legais ou regulamentares (infraconstitucionais). Sua gênese é a cidadania, ou seja, o poder particular das pessoas (naturais ou jurídicas) de, nos limites licenciados pelas normas estatais, estabelecerem normas jurídicas privadas. Se esse *poder cidadão* também se revela nas relações políticas que os indivíduos mantêm com o Aparelho de Estado, revela-se ainda nas relações sociais livres que estabelecem e podem estabelecer com outros indivíduos (pessoas), para o que se outorgou a tais partículas uma capacidade de estabelecer vínculos jurídicos privados, garantidos pela coerção estatal.

O contrato é o acordo (ajuste) de vontade entre duas ou mais pessoas, nos limites permitidos pela Constituição e pelas leis, constituindo uma norma privada com validade entre eles. Seu plano jurídico de constituição não é amplo, friso. A liberdade de ação jurídica e econômica, que é um princípio do Direito Privado (e, com mais pujança, do Direito Empresarial), tem seu espaço limitado pela soberania estatal. As normas privadas, portanto, somente podem ser constituídas e somente são válidas quando respeitam a primazia da Constituição e das leis. O princípio da liberdade de contratar mantém relação estreita com o princípio da legalidade, inscrito no artigo 5º, II, da Constituição, permitindo que se faça o que não está proibido e que se deixe de fazer o que não está legalmente determinado. É esse o espaço da autonomia privada, isto é, o espaço do poder privado de constituir normas jurídicas. Somente nele a vontade pode pretender-se soberana para criar vínculos jurídicos sobre o patrimônio do declarante.

Elemento central do contrato é o sinalagma, palavra de origem grega, provinda de *synállagma* (συνάλλαγμα): ajuste, acordo, e, conseqüentemente, contrato. Ao contrário da norma pública, que é imposta pelo Estado – na sua

condição de *civitas maxima*, exercitando o poder soberano (artigo 1º, I, da Constituição da República) –, a norma privada tem sua fonte legítima na expressão da vontade livre e consciente, já que o seu conteúdo é apenas uma possibilidade, não uma obrigação. No contrato, a norma privada resulta da convergência de vontades. A idéia de convergência e reciprocidade expressa-se no adjetivo *sinalagmático* (συναλλαγματικός, em grego), que é a qualidade dos atos jurídicos convergentes, simultâneos. Em ambos os casos, palavras marcadas pelo prefixo *sin-* (σύν), que traduz a idéia de *conjuntamente, com, ao mesmo tempo*. A palavra latina, *contractus*, tem formação morfológica próxima, trazendo igualmente um prefixo tradutor de simultaneidade, *con-*. Ao contrário dos atos jurídicos unilaterais (*quasi contracto*), para os quais se faz necessária a expressão singular da vontade, é elemento essencial do contrato (*contractus*) a expressão recíproca da mesma vontade pelas partes que, assim, se tornam simultâneas em sua vinculação mútua. Sem esse acordo de vontades, o vínculo não se constitui, certo que os entes privados, salvo raras exceções (como o poder disciplinar), carecem de poder de sujeição, ou seja, de poder para impor a sua vontade à pessoa, constituindo obrigação sobre o patrimônio dela.

Quando se fala em vontade conjunta, simultânea e recíproca, é preciso destacar que o tempo não é, aqui, fator primordial. Uma vontade pode ter sido formada e, mesmo, expressada antes da outra. Uma das partes pode ter feito, por exemplo, uma oferta pública de contratação, bastando à outra ou outras expressarem vontade concorde para completar o ajuste. Todavia, no momento preciso do estabelecimento da relação contratual, as obrigações das partes contratantes se aperfeiçoam como simultâneas e recíprocas.

Os parâmetros da simultaneidade e da reciprocidade poderiam ser compreendidas como elementos componentes apenas do ajuste em si, o que não é adequado. No fase da celebração, simultaneidade e reciprocidade revelam-se elementos inerentes à contratação, compreendida como sinalagma: obrigações no mínimo biunívocas, por seus dois ou múltiplos pólos, compõem um todo igual, onde um dever ser de mesma direção apresenta sentidos proporcionalmente antagônicos: vetor e contra-vetor, ação e reação. Mas já há simultaneidade e reciprocidade, no mínimo potencial, na fase de ajustamento, de tratativas para contratação. Não como dever ser, mas como referência para a compreensão dos atos e omissões dos negociantes, para deles aferir, ou não, efeitos secundários: o convite a negociar é ato unilateral não vinculativo, mas que busca atrair outrem, determinado ou indeterminado, para uma negociação e, dela, para o mútuo comprometimento (*synállagma* - συνάλλαγμα). Na oferta, tem-se ato jurídico vinculativo, mas não-simultâneo: não são todas as partes que ofertam, mas uma ou algumas

que, enunciando os termos do contrato a que se propõem, buscam reciprocidade, bastando ao ofertado (pessoa determinada ou indeterminada) aderir aos termos da oferta para constituir, no momento da celebração, as obrigações recíprocas e simultâneas.

Por outro ângulo, é pela investigação da fase de formação contratual, tendo reciprocidade e simultaneidade por referências – e mesmo a idéia de um certo equilíbrio, também aproveitável a tal contexto jurídico –, que se pode aferir a legitimidade e regularidade do contrato e da contratação (do ato e da ação jurídicas) no que toca às prestações devidas por cada parte, permitindo aferir se eventuais desníveis darão, ou não, azo à anulação do negócio jurídico: a liberalidade de uma das partes, por exemplo, é ato unilateral de renúncia à adequada reciprocidade e, assim, ao equilíbrio. O risco recíproco e simultâneo também o é, como igualmente o será o risco unilateral, mas voluntário e consciente, exime de pressões de fato (econômicas, morais etc), como no fato de alguém querer aproveitar [o que lhe parece] uma oportunidade; se tanto se afere da formação, não se poderá permitir à parte pretender, extrajudicial ou judicialmente, transferir para o outro ou outros pólos da relação jurídica as conseqüências desditosas de seu ato.

A temporalidade, como elemento para a problematização das obrigações jurídicas privadas, ainda comporta um outro quadro, um outro contexto de análise que deve ser explorado: as relações entre o momento da expressão livre e consciente da vontade, criando a obrigação privada, forma microscópica de dever ser, e o momento de execução da prestação. A questão relevante a ser pensada diz respeito à consciência que deve orientar a expressão da vontade, sendo o resultado de uma avaliação tomada a partir dos elementos que se apresentam – ou são apresentados – à pessoa nos momentos anteriores à constituição da obrigação privada. É a partir desses elementos que a pessoa avalia as conseqüências do ato jurídico e, a partir dessa avaliação, concretiza a manifestação soberana da vontade vinculadora, constituindo sobre o si – sobre seu patrimônio, via de conseqüência – um dever ser a cumprir voluntariamente ou a permitir execução estatal (judiciária), conseqüência da submissão dos pactos privados à Direito Estatal e, destarte, à soberania dos Poderes Constituídos.

Dois problemas distintos se colocam. Em primeiro lugar, tem-se o desconhecimento do agente das verdadeiras circunstâncias do negócio jurídico, fruto de erro ou fruto de dolo, hipóteses que são solucionadas pelas figuras previstas nos artigos 138 a 144 (erro ou ignorância) e 145 a 150 (dolo), todos do Código Civil. Tem-se, mesmo, a hipótese de inexperiência, a caracterizar o defeito da lesão no contrato ou lesão enorme (*laesio enormis*), conforme previsão no artigo 157 do mesmo Código. São, contudo, situações tipificadas pelo legislador e por ele dispostas como elementos pertinentes à teoria geral do Direito Privado. Nesse contexto, ganha importância o problema do desconhecimento das circunstâncias da execução; a submissão da obrigação ao tempo, aqui, ganha um outro contorno, licenciando ao legislador duas opções diversas: (1a) a submissão da parte à todas as conseqüências da obrigação livremente pactua-

da, ainda que não mantidas as condições que orientaram a manifestação da vontade ou (2a) a submissão das partes a um cenário de equilíbrio entre as obrigações ajustadas, sempre que não se esteja diante de ato de mera liberalidade (como na doação), a implicar a possibilidade de reajustamento ou, até, de resolução do negócio se, na evolução temporal das circunstâncias referenciadoras do contrato, estabelecer-se um desequilíbrio extremado. A solução dada pelo legislador brasileiro é a preferência pela perpetuação de um equilíbrio contratual mínimo, sempre que não haja liberalidade, a implicar a possibilidade de redefinição das obrigações ou resolução por onerosidade expressiva.

2. Vontade livre e consciente

A autonomia privada revela-se como expressão da vontade livre e consciente, nos espaços franqueados pela Constituição, pelas leis e pelos princípios jurídicos. O elemento central da vinculação da pessoa e de seu patrimônio a uma obrigação jurídica privada é justamente a sua vontade de fazê-lo. Daí serem chamadas, igualmente, de obrigações voluntárias, permitindo estabelecer uma conexão conceitual entre as idéias de autonomia privada e autonomia da vontade. Essa conexão expressa não só a atribuição de poder e competência para obrigar-se (autonomia privada), assim como o elemento legitimador dessa obrigação (autonomia da vontade). Não há sujeição, mas adesão livre e consciente no estabelecimento do vínculo contratual.

O Direito concede competência e poder aos particulares para que estabeleçam obrigações jurídicas privadas que vinculam seu patrimônio. A transformação dessa possibilidade jurídica (norma *agendi*) em fato jurídico (facultas *agendi*) exige expressão livre e consciente da vontade: a autonomia da vontade é elemento subjetivo da liberdade de obrigar-se, de contratar. A vontade é elemento central do direito à autodeterminação do ser humano e, assim, para a construção livre e consciente do futuro, nos limites do possível (as determinações da realidade física, do ser) e do permitido (a limitação social, qual seja a lei, o dever-ser): no âmbito dos comportamentos possíveis (do poder-ser), a vontade somente pode se expressar quando não atente contra a Constituição da República, os princípios jurídicos (positivados ou não) e as leis. Essa limitação tem por fundamento a soberania do Estado, sendo limitada pelos demais fundamentos do Estado Democrático de Direito: a cidadania e, destacadamente, pela dignidade da pessoa humana.

A vontade autônoma, portanto, pode se manifestar em espaços precisos. No contexto contemporâneo do Direito, a vontade individual não se revela plenipotenciária e, via de conseqüência, não se tem capacidade e poder amplos para ditar os limites dos próprios comportamentos. Pelo contrário, a vontade está submetida ao Direito, o que, em última instância, acaba por significar uma submissão à vontade da maioria, tanto quanto essa vontade da maioria está submetida à Constituição e aos princípios gerais de Direito, por força do artigo 1o, caput, da Carta Política de 1988, a instituir a República brasileira como um Estado Democrático de Direito.

Decorre da mesma base que também a liberdade de contratar, como expressão da vontade autônoma, conhece os mesmos limites: a Constituição e as leis. Na Constituição da República, essa realidade fica clara quando se observa que o poder de livre agir (a livre iniciativa), que consta do artigo 1º, IV, como fundamento da República, convive com a soberania do Estado (inciso I) e da sociedade (artigo 1º, I e parágrafo único), com o respeito à cidadania (inciso II) e à dignidade da pessoa humana (inc. III), tanto quanto aos valores sociais do trabalho (inciso IV). Portanto, a vontade só é autônoma no limite permitido pela lei, vale dizer, no espaço definido, por um lado, (1) pelo que a lei não proíba, e, por outro lado, (2) pelo que a lei não determine. É um espaço vasto, no qual cada pessoa, no limite de sua capacidade civil de fato, pode negociar o estabelecimento de obrigações pessoais, afirmadas sobre o seu patrimônio. Tomando-se uma vez mais o princípio da legalidade, ou seja, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ausente a lei – vale dizer, no espaço jurídico da autonomia privada – a assunção de obrigações jurídicas sobre a pessoa e seu patrimônio somente é legítima quando seja expressão de autodeterminação do indivíduo, vale dizer, quando corresponda à expressão da vontade individual.

Note-se, porém, haver um equívoco comum na compreensão do que seja autonomia da vontade e, via de consequência, um equívoco na própria afirmação da liberdade de contratar: identificá-las com os aspectos externos do ato jurídico. Há quem queira ver em manifestação dada em concreto, por sua simples existência, uma expressão acabada da vontade autônoma e, destarte, exercício da liberdade de contratar. Essa compreensão objetiva da autonomia privada despreza os contextos volitivos em si (aspectos subjetivos do negócio) para se focarem apenas na declaração e em seu instrumento (documento). Em outras palavras, a compreensão objetiva da autonomia da vontade, dessa maneira, é a afirmação de que tudo o que se contratou reflete liberdade de contratar e constitui expressão da vontade autônoma do contratante. Para tanto, atenta-se apenas para o ato realizado e desconsidera-se, equivocadamente, os contextos e as circunstâncias, rejeitando uma investigação do universo pessoal, da dimensão subjetiva do contrato: não se enfoca o sujeito, não se investiga o seu universo pessoal, psicológico para, ali, verificar se, efetivamente, o contrato correspondeu a uma vontade autônoma, expressão verdadeira de um ato livre de estabelecer para si – e sobre o seu patrimônio – uma obrigação, um vínculo jurídico. Trata-se de um grande equívoco. Em fato, só há autonomia da vontade quando o ajuste, concretizado nos limites permitidos pela lei, corresponde efetivamente àquilo que o agente quer; não há vontade autônoma quando há submissão à vontade de outrem, fruto da necessidade de contratar.

O próprio Código Civil, quando tipifica nos artigos 138 a 165 alguns defeitos dos negócios jurídicos, tratandolos como hipóteses que permitem a anulação do ato respectivo, deixa extremamente claro que a vontade só é autônoma se é livre e consciente. Não há expressão autônoma

da vontade quando uma das partes expressa sua adesão cega, constituindo de forma imperfeita a obrigação jurídica. Assim, como disciplina o artigo 138 e seguintes do Código Civil, quando se equivoca em relação a elemento que diga respeito à substância do ato que pratica; e age em erro quem se equivoca a respeito do objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais, bem como sobre a natureza jurídica do negócio que estabelece; erro, igualmente, no que diz respeito à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem a declaração de vontade diga respeito, desde que tal engano tenha influído de modo relevante no ato jurídico; erro de direito, ainda, se não implica recusa à aplicação da Constituição e de qualquer lei, desde que seja o motivo único ou principal da geração do ato ou negócio jurídico. Igualmente, não há manifestação livre e, destarte, autônoma da vontade, quando a pessoa é induzida a erro pela contraparte, figura jurídica que os artigos 145 e seguintes do Código Civil denominam de dolo. Mais: não há vontade autônoma quando a pessoa age coagida (artigos 151 e seguintes do Código Civil), temendo ameaça, que se mostra relevante e crível pelas circunstâncias do fato, de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens. Nem há autonomia se a pessoa age premida pela necessidade ou pela inexperiência, estabelecendo obrigação que lhe seja excessivamente onerosa e/ou desproporcional à contraprestação devida pela parte contrária do negócio, como se afere dos artigos 157 e 158 do Código Civil.

A vontade só é autônoma – e, assim, hábil à constituição de uma obrigação jurídica – quando as circunstâncias da declaração afastam qualquer dúvida sobre as motivadoras de sua constituição, permitindo aferir uma coerência entre a vontade da pessoa de comprometer-se e o comprometimento. Não é apenas a expressão exterior dessa vontade, como a ação ou o documento, mas o comprometimento voluntário e consciente, de quem compreende – ou deveria compreender – o que faz, não sendo alvo de qualquer ilicitude, ardil, má-fé ou desonestidade, como disciplinado pelos artigos 110 e seguintes do Código Civil. Ademais, é fundamental que o encontro de vontade entre as partes respeite a lei, não havendo autonomia para desrespeitá-la ou fraudá-la, como deixa claro o artigo 166, II, III e VI, do Código Civil, nem desbordar manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, por força do artigo 187 do Código Civil, realçada a sua dimensão moral e função social, como esclarecem os artigos 421 e 422 da mesma lei. De qualquer sorte, a manifestação de vontade autônoma, por si só, não implica a efetiva contração ou assunção de obrigação privada, no contexto de negócio jurídico (*contractus*) – vale dizer, ato jurídico bilateral ou plurilateral – ou, até, da manifestação unilateral da vontade (*quasi-contracto*).

Obviamente, a manifestação da vontade criadora de obrigações privadas pressupõe arbítrio, isso é, pressupõe o poder de determinar, nos limites facultados pela lei (do que não é determinado e do que não é proibido), se irá ou não se obrigar e qual será o conteúdo de tal obrigação. Essa discricionariedade privada, contudo, não é absoluta, tendo o Direi-

to evoluído na direção de dar-lhe limites, determinando a prevalência de princípios que visam proteger não apenas a coletividade, incluindo os ideais de justiça e a função social dos atos e contratos, mas até para a proteção do próprio obrigado, reconhecendo que, em algumas circunstâncias, os ajustes não são efetivamente livres, mas revelam, no mínimo, indução, submissão da vontade de um ao arbítrio ou abuso de outrem. Justamente por isso, outorga-se ao Estado um poder revisional, permitindo-lhe recuperar a soberania sobre planos afetos ao regime jurídico privado e às obrigações jurídicas voluntárias, para a correção de distorções verificadas, restaurando o Estado Democrático de Direito no plano privado, micro-social. Neste sentido, a Lei 10.406/02 reflete essa sobrevalorização do aspecto social das relações e faculdades jurídicas, ampliando a idéia de função social das faculdades jurídicas (do que são exemplos a função social da propriedade, a função social do contrato etc) e reduzindo o espaço franqueado à autonomia privada e, destarte, da liberdade de contratar.

Como se só não bastasse, deve-se reconhecer ser possível ao legislador definir espaços não licenciáveis à manifestação livre da vontade, contraindo a discricionariedade privada, vale dizer, reduzindo seu espaço de expressão. Tem-se, dessa maneira, uma intervenção pública no domínio privado, dirigindo as relações jurídicas privadas (daí falar-se em dirigismo contratual) a bem de garantir a consolidação e manutenção de um Estado Democrático de Direito. Isso fica extremamente claro no Direito do Trabalho, no qual se verificam diversas normas que definem balizas mínimas para os contratos de trabalho e, então, para as relações de emprego. Essas balizas mínimas limitam o universo de concessões que podem ser feitas pelo obreiro, impedindo que a necessidade o leve a contratar determinadas prestações ou contraprestações que, sob a ótica do Estado, aviltam o princípio da dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (artigo 1º, III e IV, primeira parte, da Constituição da República). Justamente por isso, tais balizas legais são irrenunciáveis, o que se justifica pela necessidade de proteger o próprio trabalhador, reconhecendo-se que uma ampla liberdade negocial poderia ser usada contra si, a partir do manejo das coações econômicas e sociais.

Também o Direito das Relações de Consumo, ou Direito do Consumidor, concretiza-se como expressão dessa mesma intervenção pública no domínio privado, contraindo o espaço da discricionariedade privada, o que se fez tento por meta uma elevação global na qualidade das relações de fornecimento/consumo. Nessa direção, os artigos 46 e seguintes da Lei 8.078/90, ocupando-se da proteção contratual do consumidor, são um eloquente exemplo desse dirigismo contratual, coroado, enfim, com os incisos hospedados pelo seu artigo 51, definindo diversas cláusulas contratuais que, por serem consideradas abusivas, são tidas como nulas de pleno direito.

Como se não bastasse, é preciso atentar para os contratos regulados. Em tais situações, tem-se relações contratuais cujas cláusulas, no todo ou em parte, não são redigidas por quaisquer das partes, mas exurgem de regu-

lamentos estatais, concretizando uma ampla intervenção estatal em algumas áreas, nomeadamente na prestação de serviços públicos concedidos, a exemplo do fornecimento de energia elétrica, água e esgoto, prestação de serviços de telecomunicação, entre outros. A contração da discricionariedade privada, nesses sítios, é enorme, não raro deixando às partes espaços muito restritos para a expressão da vontade. O fornecedor só pode escolher se irá, ou não, pleitear a concessão e explorar o serviço, não podendo recusar o contrato padrão disposto nas normas regulamentares, nem mesmo podendo recusar contratantes que se disponham a aceitá-lo; o consumidor só pode escolher se irá, ou não, contratar, embora a não-contratação signifique prescindir de serviço essencial.

Entretanto, em qualquer dessas hipóteses, a redução da autonomia individual não é – e não pode ser – arbitrária. Faz-se indispensável procurar e estabelecer um equilíbrio entre o interesse individual legítimo e o interesse coletivo legítimo, sob pena de se assistir a um retrocesso político e humano. Portanto, a afirmação da função social dos direitos deve construir-se sob a compreensão de um Estado Democrático de Direito, isto é, com respeito às normas e metanormas jurídicas (princípios), designadamente aquelas com foro constitucional. Uma referência fundamental é o princípio da legalidade (artigo 5º, II, da Constituição da República). A edição de leis reduz a autonomia individual, predefinindo comportamentos devidos ou proibidos e, assim, limitando o poder de autodefinição das obrigações jurídicas. Porém, nos espaços não preenchidos pela lei, garante-se à pessoa o direito de ação e de abstenção (fazer ou deixar de fazer); é o plano da autonomia privada, sendo inconstitucionais e ilegítimas as coações individuais ou sociais para impor comportamentos comissivos ou omissivos, desrespeitando a garantia de liberdade para ação (e abstenção) econômica e jurídica. No Brasil, a livre iniciativa não é apenas garantida pela Constituição da República, mas constitui um fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, IV): reconheceu-se na autonomia individual um elemento benéfico para a sociedade, recusando modelos excessivamente estatizadores e todas as suas mazelas, na mesma toada que, dando igual importância aos valores sociais do trabalho, recusa-se os abusos individuais, certo que a afirmação absoluta da livre iniciativa pode criar um ambiente de exploração do ser humano pelo ser humano, mesmo fora do contexto escravagista. Essencialmente, o artigo 1º, IV, da Constituição Brasileira propõe um modelo político e econômico de equilíbrio dialético. Revela-se, assim, a opção constitucional pela valorização da coexistência harmônica entre os pares dialéticos do trabalho e da livre iniciativa, elevados igualmente à condição de valores sociais pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal, ainda que vinculados ao dever de respeitar a soberania nacional, a dignidade do ser humano e o gozo pleno dos direitos e das garantias assegurados aos cidadãos brasileiros (artigo 1º, I e II, Constituição da República).

Mais do que um paradoxo, o artigo 1º, IV, dispõe um par dialético de convivência, onde a síntese esperada é um equilíbrio harmônico, capaz de permitir a concretiza-

ção dos objetivos fundamentais da República, listados no artigo 3o. Assim, a valorização do trabalho é um limite para evitar os abusos da autonomia privada (mormente, do que se convencionou chamar de o capital), na mesma medida em que a valorização da liberdade de agir (jurídica e economicamente) deve ser protegida para impedir a verificação de abusos sociais: não é raro invocar quem apenas queira apropriar-se do fruto do trabalho alheio, fugindo às consequências e às responsabilidades de sua inércia ou inabilidade pessoal. Entre os dois extremos, abre-se um tempo e um espaço preciosos, nos quais o equilíbrio (a *aequitas latina*) é recolocado como via para a Justiça.

3. Sujeitos do contrato

No plano subjetivo, ou seja, dos sujeitos, o contrato compõe-se por duas ou mais partes, cada qual ocupada por uma ou mais pessoas. Entre tais partes acordantes, e com efeitos sobre tais pessoas (ou até sobre terceiros, em alguns casos), a regra privada será válida e eficaz, em conformidade com as leis e as cláusulas contratuais. Cuida-se, portanto, de um ato jurídico plurilateral (dois ou mais pólos), ou seja, de um negócio jurídico. Para que a norma jurídica privada seja constituída, todos os participantes do ajuste devem revelar capacidade jurídica para firmá-lo, comprometendo-se ao seu cumprimento, o que exige sejam respeitadas as regras sobre capacidade civil, absoluta ou relativa, assistência e representação (legal ou voluntária).

Por definição, o contrato é um ato jurídico plurilateral, ou seja, que tem duas ou mais partes (ou pólos), sendo mais comum a forma bilateral: duas partes ou pólos, que acordam com sua constituição, ou seja, que combinam suas vontades para que, assim, o vínculo jurídico (a norma privada) seja estabelecida. Essas partes ou pólos não se confundem com pessoas: num pólo pode haver mais de uma pessoa, o que nos remete para o estudo do concurso (ativo ou passivo), estudado no volume anterior desta coleção. No contrato de compra e venda, por exemplo, os pólos são ocupados por vendedor e comprador; mas pode haver mais de uma pessoa vendendo e/ou mais de uma pessoa comprando. Os pólos ou partes, conseqüentemente, definem-se pela complementariedade na prestação, que é ou deve ser executada por um a favor de outro, conforme ajustaram todos. Ainda que duas ou mais pessoas prometam uma recompensa (artigos 854 e seguintes), não se terá um contrato, antes de mais nada pelo fato de que essas duas ou mais pessoas ocupam um único lado da relação jurídica; ademais, o ato jurídico se completa (a promessa é válida) sem que haja acordo de vontades, ou seja, sem que haja a anuência da parte contrária.

Note-se, contudo, que num negócio complexo, a envolver múltiplas partes, pode-se individuar pares de relações obrigacionais, para fins específicos, ou pode-se tomar todo o conjunto de relações, que em função da multilateralidade definem sentidos, influências e implicações variadas, todas merecendo a consideração do jurista para a perfeita qualificação jurídica do fato. Basta lembrar que um par obrigacional onde se afira desrespeito ao princípio da proibida de privada (artigo 422 do Código Civil), pode encontrar nos

lastros jurídicos da totalidade do negócio complexo a sua justificativa.

Também é possível que um ou mais pólos sejam ocupados por entes coletivos que atuem na representação (voluntária ou legal) de toda uma classe de pessoas, determinável (interesses e direitos coletivos) ou não (interesses e direitos difusos) que, destarte, serão alcançadas pelas regras do ajuste, estando obrigadas a determinadas prestações ou delas sendo beneficiárias. Esses negócios coletivos são usuais, por exemplo, na prática do Direito do Trabalho; são incontáveis as convenções coletivas e os acordos coletivos que se celebram alcançando classes de empregadores e de empregados. Mas não se trata de fenômeno exclusivo do Direito Laboral. O artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor também se refere às convenções coletivas que, estatui, podem ser estabelecidas entre *entidades civis de consumidores e associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica*, regulando relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição de conflito de consumo.

Para além dessas situações específicas (trabalhista e consumerista), não há uma vedação legal para o estabelecimento de contratos coletivos. Por exemplo, uma associação de produtores de determinados insumos pode estabelecer um contrato coletivo com a indústria ou indústrias que os utilizam ou, até, com uma associação (incluindo sindicato) que os represente. Não são raros os ajustes coletivos estabelecidos entre associações comerciais e/ou industriais (incluindo suas respectivas federações e confederações) com o Poder Público (Administração Pública e/ou Ministério Público), regulando matérias como abertura de estabelecimentos, promoções, oferta de bens e serviços etc. Em qualquer um desses casos, a questão central, todavia, é a legitimidade para estabelecê-los e a eficácia dos ajustes sobre as respectivas classes. Mas é questão que se apura em cada caso, em cada relação jurídica. De qualquer sorte, aferido no caso em concreto que o contrato coletivo foi firmado por ente com capacidade (voluntária ou legal) para tanto, os termos da convenção serão eficazes sobre todos os indivíduos das classes envolvidas, determináveis (interesses e direitos coletivos) ou não (interesses e direitos difusos).

Por outro ângulo, será proveitoso atentar para o fato de que o ajuste pode mesmo referir-se e implicar terceiros, atribuindo-lhes ônus e/ou bônus; mas a validade e a eficácia de tais referências e implicações está vinculada à aceitação por aqueles (pelos terceiros), sem o quê o contrato não lhes alcançará, sendo coisa passada entre outros [*res inter alios acta*]. Essa necessidade de aceitação, mesmo para que um benefício seja executado a favor de outrem, preserva a autonomia da vontade que sustenta e preserva a independência individual. A aceitação do terceiro pode ser prévia, concomitante ou posterior e, segundo entendo, pode mesmo decorrer de ajustes outros que se conectem e, destarte, permitam a extensão da previsão de um ajuste sobre outro, alcançando pessoas que não constem como parte no primeiro, mas que a ele acabam vinculadas. Assim, um contrato de compra

e venda de minério de ferro, por exemplo, pode prever que o transporte será realizado por um terceiro determinado que, por seu turno, já esteja obrigado, para com uma das partes (comprador ou vendedor), a fazê-lo. Trata-se de posição em nada uníssona entre os teóricos do Direito Privado, sendo mesmo controversa. No entanto, como desenvolverei abaixo, acredito ser possível afirmar a existência de *conexão contratual*, ou seja, parece-me possível que, na interpretação/aplicação de contratos aparentemente independentes entre si, constate-se a existência de conexão entre os negócios. A partir dessa conexão, constitui-se um sistema normativo privado multiestrutural: cada contrato é uma estrutura e o sistema complexo resultante de sua conexão será, portanto, multiestrutural, a demandar exegese que atente para o grau e a extensão das interconexões e, dessa maneira, o grau de contaminação da(s) parte(s) de um ajuste às normas de outro ajuste.

4. Objeto do contrato

No plano objetivo, cada contrato definirá uma ou mais prestações que deverão ser realizadas por uma (*contrato unilateral ou contrato gratuito*) ou todas as partes (*contrato plurilateral ou contrato oneroso*), realização essa que se fará a bem das partes ou, mesmo, de terceiro (*terceiro beneficiário*). As prestações ajustadas pelas partes devem ser, antes de mais nada, lícitas, ou seja, não podem contrariar a constituição e as leis, incluindo os princípios jurídicos (positivados ou não), certo que a liberdade para estabelecer vínculos privados se dá nos limites facultados pelas normas estatais, nos termos do artigo 5º, II, da Constituição da República. Para além da licitude, a prestação deverá exibir-se igualmente possível, determinada ou determinável, ainda atendendo ao artigo 104, II, do Código Civil, embora a impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado. É o que se passaria, por exemplo, com contratos de prestação de serviços de transporte aquaviários a serem realizados em lago inexistente mas que, em função da construção de uma hidroelétrica, se formará.

Em relação à prestação ou prestações devidas pelas partes, os contratos podem ser gratuitos (unilaterais) ou onerosos (bilaterais). As expressões *contrato unilateral* e *contrato bilateral* desafiam, com razão, a lógica; contratos são, por definição, plurilaterais, isto é, no mínimo bilaterais; e os atos jurídicos unilaterais, como a criação e a emissão de títulos de crédito, não são contratos. No caso das expressões, unilateralidade não se afere na declaração da vontade, mas na realização da prestação. Assim, o contrato unilateral é, na sua formação, um ato jurídico bi ou plurilateral; sua unilateralidade manifesta-se na execução. Daí falar-se, também, em *contrato gratuito* ou *contrato benéfico*, em oposição ao contrato oneroso. A doação, o comodato e o empréstimo sem a cobrança de juros são exemplos de *contratos unilaterais, gratuitos ou benéficos*. A compra e venda, a locação e o mútuo com a cobrança de juros são exemplos de contratos bilaterais ou onerosos.

Silvio de Salvo Venosa refere-se a uma nomenclatura diversa: *contrato com prestação a cargo de uma das partes*

e, em oposição, contrato com prestações recíprocas, ou seja, contrato com prestações a cargo de todas as partes. O autor destaca que essa carga na prestação contratual afere-se na conclusão do ajuste, razão pela qual critica os chamados contratos bilaterais imperfeitos, isto é, negócios gratuitos que viram surgir, ao longo de sua execução, obrigações para a parte meramente beneficiária¹. A bem da precisão, a carga prestacional deve ser aferida no objeto principal do contrato, não se descaracterizando a gratuidade (ou unilateralidade) pela existência de obrigações acessórias (obrigações secundárias) ou obrigações laterais (obrigações terciárias). Em fato, o contrato é um todo orgânico que evolui das tratativas à execução, a implicar não apenas a realização das prestações principais, mas igualmente diversas relações jurídicas secundárias e terciárias que alcançam ambas as partes. São deveres como o de informação, sigilo, pagamento de despesas, encargos etc. A verificação dessas prestações secundárias ou terciárias não implica reciprocidade e, dessa maneira, não desnatura a gratuidade ou unilateralidade do negócio.

Os contratos onerosos, por seu turno, dividem-se em contratos comutativos e contratos aleatórios; são comutativos os ajustes nos quais os contratantes já conhecem, na celebração do ajuste, a extensão exata da prestação que terão que adimplir; em oposição, nos contratos aleatórios a extensão de uma ou mais prestações está submetida a um fator aleatório².

O objeto principal de um contrato, ou seja, a prestação convencionalizada pelas partes, pode realizar-se num único evento, ocorrido no momento da celebração ou em outro momento, assim como pode incluir eventos diversos, realizados em momentos diversos. Aproveitando as referências do Direito Prestacional (ou Direito Obrigacional), pode-se dizer que o objeto do contrato pode ser simples ou complexo. Em linhas gerais, essa simplicidade traduz-se na realização da prestação ou das prestações contratadas em único evento: Agripina vai a uma banca de jornal, paga ao jornaleiro o valor da revista que dele recebe. Num único evento se realizaram as prestações do contrato de compra e venda. Não deixará de haver *simplicidade* (de ser simples o contrato) se a realização se dilargar no tempo, desde que num só evento: Otaviana compra uma passagem de ônibus entre Belo Horizonte e Maceió (contrato de transporte), pagando o seu valor, ingressa no ônibus e o transporte é realizado. Ainda que a viagem dure mais de 24 horas, é um contrato simples.

Note-se que não afasta a simplicidade do contrato a existência de obrigações acessórias (obrigações secundárias) e laterais (obrigações terciárias), a exemplo de cuidados extras (embalar bens, acomodar adequadamente os beneficiários da prestação, guardar sigilo profissional etc). A simplicidade ou complexidade toma por parâmetro de avaliação a prestação principal. Justamente por isso, não me parece que a simplicidade seja descaracterizada pela existência de eficácia diferida no tempo: se o agir jurídico único produz efeitos pretéritos (retroação ou retroação) ou futuros é, ainda, agir único e, assim, afirma-se a simplicidade da prestação contratual. No exemplo acima, ainda que

Otaviana compre, em 15 de março, para uma viagem que se realizará em 28 de março (efeito diferido futuro), o contrato será simples.

Em oposição, haverá complexidade contratual sempre que a prestação principal ajustada pelas partes exigir uma multiplicidade (1) de eventos ou (2) de ações, que podem verificar-se simultânea ou sucessivamente. No primeiro caso, a complexidade é resultado de não haver execução num único tempo, seja imediata (concomitante à celebração) ou diferida, mas a demandar diversos momentos de realização, fazendo com que a execução se alongue no tempo em eventos diversos. Tem-se, assim, os chamados contratos de trato sucessivo: contratos onde as prestações reiteram-se e, destarte, sucedem-se. É o que se tem nos contratos relativos à prestação de serviços públicos como o fornecimento de água, luz ou gás, bem como na prestação de serviços de telefonia: um conjunto de prestações e contraprestações que se sucedem no tempo, sendo ajustado em cada negócio a periodicidade da prestação, que pode ser certa (como as faturas mensais) ou incerta (o serviço de telefonia é prestado quando se usa o sistema, a qualquer dia ou hora). Dessa qualidade, advirão diversas consequências jurídicas específicas; assim, o inadimplemento de uma ou algumas prestações, conforme as particularidades do caso em concreto, pode não conduzir à resolução do contrato por culpa da parte: o sinal da TV à cabo que está momentaneamente indisponível ou o pagamento da fatura mensal que não foi feito no prazo avençado. Não é só; a prescrição é contada a partir de quando cada prestação é devida, podendo haver prescrição de uma ou algumas, mantendo-se existentes e eficazes outras. Nas palavras do Ministro Félix Fischer, relator do Agravo Regimental no Recurso Especial 1.003.858/PE, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nas relações envolvendo prestações de trato sucessivo não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas alcançadas pelo prazo prescricional.

Os contratos de trato sucessivo podem ter prestações determinadas ou indeterminadas. A determinação pode fazer-se pela indicação do número de prestações cuja realização se sucederá, embora o mais usual seja a definição feita pela indicação de tempo certo: prazo ou termo (data), a exemplo da locação contratada por 30 meses (prazo) ou os serviços de segurança que serão prestados até o dia 31 de dezembro (termo). Nada impede, contudo, que o contrato de trato sucessivo preveja término submetido a condição resolutiva; assim, as prestações se sucederão até a ocorrência do evento futuro e incerto. Assim, o contrato de transporte que uma agremiação celebre com um transportador, cujo término seja fixado na última partida da equipe em determinado campeonato, o que pode se dar na primeira fase, nas semifinais ou, mesmo, chegar à partida final. Em qualquer dos casos, a contratação por tempo determinado ou determinável, haja referência a número de prestações, prazo, termo ou condição resolutiva, obriga as partes à realização da integralidade das ações/inações convencionadas, bem como dá a ambas uma consciência do momento em que o contrato se extinguirá.

Em oposição, é lícito ajustar contrato de trato sucessivo com tempo indeterminado e indeterminável, ou seja, negócio que se prolongará indefinidamente no tempo, até que determinado evento lhe ponha fim. Esse evento pode ser, inclusive, a vontade das partes, já que a indeterminação não traduz – em hipótese alguma – a sujeição de uma parte à outra; para tanto, bastará à parte que deseja por fim ao ajuste dar prévia notícia de sua intenção à parte contrário, o que se faz por meio de uma notificação que, na ausência de norma especial, deverá anteceder a extinção do ajuste em 30 dias. Atente-se para o fato de que a contratação por prazo indeterminado acaba por construir, entre as partes, uma história de relação jurídica e, mais do que isso, erige também expectativas que, se legítimas, contaminam o negócio, como reconheceu a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, sob a relatoria da Ministra Nancy Andri-ghi, julgando o Recurso Especial 989.380/RN.

De outra face, há contratos que são complexos por enfeixarem diversas ações jurídicas que, somadas, compõem a prestação ou prestações ajustadas entre as partes. Um exemplo é o contrato de prestação de serviços de hotelaria, a envolver não só a hospedagem, mas segurança, alimentação, limpeza etc. Também o contrato de prestação de serviços educacionais firmados com instituições de ensino, entre outros. A complexidade da prestação ou das prestações contratuais pode revelar-se de forma sincrônica (num só tempo) ou diacrônica (ao longo do tempo). Nas prestações complexas sincrônicas (ou simultâneas), os atos combinados que se enfeixam para a realização da prestação verificam-se no mesmo tempo. Nas prestações complexas diacrônicas (ou sucessivas), os atos combinam-se ao longo do tempo, em duas combinações possíveis: (1) o mesmo ato que se reitera, em eventos diversos, para a realização da prestação, caracterizada a complexidade pela reiteração necessária, ou (2) atos diversos que se combinam ao longo do tempo, criando uma situação em que a complexidade se revela em cada evento reiterado, permitindo análise de cada evento (perspectiva sincrônica) e da totalidade dos eventos (perspectiva diacrônica).

A esta altura, facilmente se percebe ser possível que o contrato preveja algumas figuras como típicas do Direito Prestacional (ou Direito Obrigacional), como a estipulação de prestações alternativas (uma só prestação deve ser realizada, mas seu conteúdo está marcado por alternatividade, colocando o problema da escolha entre as alternativas existentes), prestações com faculdade de substituir (prestação facultativa: aquela que não tendo por objeto senão uma só prestação, confere ao devedor a faculdade de substituí-la por outra), prestações divisíveis ou indivisíveis, concurso passivo ou concurso ativo etc. Nesses casos, deverá ser aplicada o Direito Prestacional (ou Direito Obrigacional), vale dizer, incidirá a Teoria Geral das Prestações Jurídicas.

5. Conexão contratual

Como dito acima, acredito ser possível a verificação de interconectividade negocial entre contratos aparentemente independentes entre si, tenham as mesmas partes,

tenham partes distintas. Essa conexão entre contratos conduz a uma comunicação entre faculdades e obrigações, ou seja, a prestação disposta numa relação contratual transcende os limites do plano restrito daquele negócio para alcançar o plano de um outro negócio, podendo ali encontrar um outro credor ou devedor, conforme as circunstâncias de cada caso. Não se trata de uma situação jurídica que comporte uma equação abstrata, aplicável genericamente a todos os casos. Sua fonte primordial é o cenário fático de cada situação, decorrendo das particularidades de um fato dado em concreto, conforme a avaliação do julgador. Não decorre de um modelo, mas de um enredo, no qual se pode identificar a existência não apenas de repercussões sobre terceiros e/ou outras relações jurídicas, mas a própria ligação entre normas privadas diversas (contratos).

O fundamento primordial da interconectividade contratual é a percepção de que a simplicidade do modelo abstrato de relação jurídica raramente encontra materialização na complexidade do dia-a-dia. E o Direito não é disciplina que se possa estudar, como a matemática, desprezando por completo a vida social, já que o seu destino é justamente o cotidiano. As relações sociais dadas em concreto experimentam a incidência dos cânones jurídicos e, como resultado, compreendem-se como fatos/atos jurídicos, merecendo não só significação e valor jurídicos, mas experimentando (em ato ou potência) as consequências definidas pelo Direito. Se na realidade essas relações mostram-se conexas, compondo uma rede (ou teia) de compromissos individuais que supera a simplicidade diática (dois pólos) do contrato, a teoria e a prática jurídicas deve evoluir para aceitar e reconhecer tais redes ou teias, vencendo os limites artificiais das relações negociais.

O sistema complexo (multiestrutural) resultante da conexão ou conexões de contratos aparentemente independentes (estruturas unitárias) licencia, senão exige, que se faça uma interpretação/aplicação ampliada das prestações ajustadas. Explico-me. Identificada a existência um sistema normativo multiestrutural, uma cláusula disposta num contrato pode influenciar a prestação estipulada, pelas mesmas partes, em outro contrato. Sob outro enfoque, ainda mais controverso e delicado, parece-me até que o credor de um contrato, aproveitando-se das interconexões verificadas, pode exercer sua faculdade sobre o devedor de um outro contrato, mesmo não havendo ajuste direto entre eles. Essas duas situações serão detalhadas adiante. Por ora, importa ressaltar que essa comunicação entre faculdades e obrigações resulta do fato concreto, ou seja, da verificação de pontes (ou elos) entre os contratos.

Os contratos são normas privadas e a cada relação contratual corresponde uma estrutura normativa singular, unitária. Nos contratos escritos, essa estrutura normativa está disposta basicamente no instrumento, embora possa haver cláusulas que não tenham sido atermadas e que sejam provadas por outros meios, a exemplo de documentos ou testemunhas. Salvo raras exceções, a tendência é interpretar tais normas privadas como estruturas isoladas, estanques. O mesmo não se passa com as normas públicas; embora cada lei possa ser encarada como uma estrutura

singular, unitária, é raro compreendê-las como universos estanques e isolados. Essa compreensão multiestrutural das normas públicas (leis) atende justamente à dinamicidade da vida cotidiana, na qual, conforme o fato em concreto, a análise feita exclusivamente à luz de uma disciplina (e respectivas disposições) pode não resolver o problema. Os profissionais do Direito Empresarial, por exemplo, precisam estar sempre atentos para as dimensões tributárias de suas análises.

O cenário no qual mais facilmente se afirmará a interconectividade contratual é aquele no qual se computam diversas relações contratuais estabelecidas entre as mesmas partes. Obviamente, relações jurídicas que se pretendem individuais e diversas, sem compor uma extensão. Essa pretensão, comumente, atende ao interesse de uma das partes, interessando à outra o reconhecimento da conexão contratual. Todavia, é também possível que ambas as partes tenham igual interesse na compreensão estanque de cada relação, sendo que o reconhecimento da existência de um sistema normativo multiestrutural teria efeitos sobre terceiros, não desejados pelas partes. Esses terceiros, beneficiários da interconectividade contratual, podem ser vários, a exemplo de sócios minoritários, parceiros empresariais, trabalhadores, fornecedores, consumidores, a Fazenda Pública etc. Em qualquer dos dois casos, o interesse de uma ou de ambas as partes não poderá, jamais, alterar a realidade do que se passa entre as partes e entre as estruturas normativas singulares. Atendendo ao artigo 112 do Código Civil, será preciso atentar mais à intenção das partes do que à declaração (exteriorização) de seus interesses jurídicos. De outra face, esses mesmos interesses, íntimos ou declarados, deverão se submeter ao império da Constituição e das leis, incluindo os princípios jurídicos, a exemplo da socialidade (artigo 421 do Código Civil), eticidade e moralidade (artigo 422 do Código Civil); e essa intervenção das normas públicas sobre as normas privadas pode ser, ela própria, fonte de afirmação de um sistema normativo multiestrutural.

O reconhecimento da existência de um complexo normativo entre as mesmas partes cria um tipo objetivo de interconectividade contratual. Em fato, não há uma contaminação de sujeitos (subjativa), mas do objeto de suas declarações de vontade. Dessa maneira, cláusulas (faculdades/obrigações) que compunham uma estrutura contratual isolada (uma determinada relação contratual) espraiam-se para as outras estruturas, podendo ser utilizadas não apenas como marcos hermenêuticos para a interpretação de outras cláusulas, mas para, igualmente, reconhecer direitos e deveres. Disposta numa relação negocial específica, a cláusula de sigilo, incluindo o segredo mercantil/industrial, pode contaminar outros que lhe sejam afins, como exemplo. O direito à instrução/orientação, igualmente. Mais do que isso, mesmo surreição jurídica (surrectio) ou a supressão de faculdades jurídicas (suppressio), a serem estudadas nos dois próximos Capítulos, podem se verificar numa dada relação contratual e contaminar as demais, assim como pode se verificar em todo o sistema normativo multiestrutural, de uma só vez.

Mais complexa será a afirmação da interconectividade contratual subjativa, ou seja, a verificação que a contaminação entre relações negociais que tem sujeitos diversos

em seus pólos. A primeira observação – quiçá advertência – a ser feita é no sentido de ser situação rara, especial e específica, nada simples. Em outras palavras, a ocorrência de interconectividade contratual subjetiva não pode ser determinada levemente, com base em análises supérfluas, certo que o atestado de sua existência subverterá o comum das situações jurídicas, com efeitos graves o suficiente para que sejam recusados indicativos excessivamente genéricos e avaliações superficiais. A cautela, portanto, é indispensável à sua investigação.

A *interconectividade contratual subjetiva* também resulta da primazia da realidade. Investigando o cenário dos fatos, o intérprete/aplicador averigua que relações jurídicas aparentemente isoladas, envolvendo pessoas diversas, apresentam elos de comunicação e, assim, apontam para a existência de um sistema normativo multiestructural intersubjetivo. Imagine-se, por exemplo, um contrato de fornecimento de minério de ferro que seja estabelecido entre A (minerador/vendedor) e B (siderúrgica/compradora); para a sua efetivação, C é contratado por B, para a prestação de serviços de transporte, passando a atuar nas dependências da lavra de A, a partir de onde inicia sua prestação comercial; assim, sua atuação se faz no âmbito das operações de alguém (A) que é estranho ao contrato de transporte que foi estabelecido (entre B e C). Participando das rotinas da atividade econômica organizada do terceiro (A), cabe a C (transportador contrato por B) carregar os caminhões, permitir que a carga seja experimente aferição química e, depois, seja pesada, recebendo documento comprobatório da quantidade e qualidade dos bens que lhes estão sendo entregues para o transporte. A coexistência entre A & C, bem como a coexistência entre os contratos estabelecidos entre A & B e entre B & C, pode conduzir a uma contaminação entre as relações negociais que tem sujeitos diversos em seus pólos. Obviamente, trata-se apenas de um exemplo simplificado que não busca mais do que dar uma idéia geral para o leitor.

Não é difícil observar que a convivência entre os atores negociais de convenções diversas, como no exemplo acima, acaba por fazer surgir um acordo entre ambos. Vale dizer, A (minerador, no exercício da relação contratual com B) e C (transportador, no exercício da relação contratual com B), acabam por estabelecer acordos, ainda que tácitos, entre si. Há uma convenção, um ajuste de comportamentos e vontades, o que é suficiente para atestar haver um contrato que se constrói no contexto de contratos aparentemente estranhos e estanques. É quanto basta para fundamentar o sistema normativo multiestructural, ou seja, uma estrutura multipolar de obrigações/faculdades contratuais construída pela superação das bordas artificiais que postulam uma unidade/identidade em cada negócio.

Obviamente, o *sistema normativo multiestructural*, quando *intersubjetivo*, não implica contaminação ampla de todas as cláusulas contratuais. Portanto, a interconectividade contratual subjetiva não fará a parte de um contrato ser parte integral do outro contrato. Examinando o cenário fático efetivamente apresentado, será preciso indicar qual ou quais pares facultade/obrigação ultrapassam a relação

diática (dois pólos) para alcançar terceiro que tomar parte em relações negociais contaminadas. Em oposição, provavelmente haverá diversos – quiçá a maioria de – pares facultade/obrigação que não são alcançados pela *conexão contratual*, mantendo-se válidos e eficazes apenas entre as partes originárias. No exemplo acima, o transportador (C) não estará obrigado à lavra e beneficiamento do minério, nem ao respectivo pagamento.

7. Conclusão

Os elementos que aqui foram somados, alguns resultado de mera reiteração da doutrina, outros assinalando algumas variações, mais tímidas ou mais ousadas, buscam dar uma demonstração das ricas possibilidades do Direito Contratual. Se por alguns o seu estudo poderia restringir-se às bases latinas, propugno o contrário: que se persigam adequações que permitam sua atualização para a realidade contemporânea, permitindo concretizar o ideal de dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*).

1. VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, vol. II. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005; p. 424-425.

2. VENOSA, Silvio de Salvo Venosa. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, vol. II. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005; p. 435-436.

NÃO APLICAÇÃO DA LEI 11.638 AO REGIME DAS MICRO EMPRESAS

DESNECESSIDADE DE AUDITORIA DE BALANÇO AO REGIME DO SUPERSIMPLES.

Walter Manzi e Thiago Milet

Walter Giuseppe Alcantara Manzi

Diplomado pela Universidade Federal de Pernambuco, ex-procurador da Fazenda Nacional, especializado em Direito da Energia Elétrica pela Universidade Cândido Mendes – RJ e em Direito Tributário e Empresarial, advogado atuante notadamente nas áreas de consultoria, planejamento e contencioso tributário e societário.

Thiago José Milet Cavalcanti Ferreira

Diplomado pela Universidade Federal de Pernambuco, pós-graduando em LL.M Direito Corporativo pelo IBMEC, advogado com atuação nas áreas consultiva e contenciosa de Direito Tributário e Societário

Introdução

Em 01 de janeiro de 2008, entrou em vigor a Lei nº 11.638, publicada em 28 de dezembro do ano anterior, alterando dispositivos da Lei nº 6.404/76, a chamada Lei das Sociedades Anônimas, e da Lei nº 6.385/76, que disciplina o Mercado de Valores Mobiliários.

O novo regramento buscou adequar a prática contábil das sociedades brasileiras às normas internacionais de contabilidade, consubstanciadas no conhecido IFRS (*International Financial Reporting Standards*), na esteira do que já vinha sendo empregado em grande parte dos países de economia sólida do mundo, a exemplo da União Européia, que as adotou desde 2005. Tudo isso, ressalta-se, com a clara finalidade de conferir maior transparência às atividades empresariais, oferecendo maior segurança ao investidor.

Não nos preocuparemos neste trabalho em analisar cada uma dessas mudanças nos conceitos contábeis trazi-

das pelo novo diploma. O que nos chama atenção por ora relaciona-se ao outro objeto da lei, descrito em seu artigo 3º, que estende às sociedades de grande porte algumas disposições relativas à elaboração e divulgação de demonstrações financeiras, mais especificamente a obrigatoriedade de auditoria de balanço por auditores independentes, o que já era exigido às companhias abertas, por força do art. 177, §2º, da Lei nº 6.404/76, retro mencionada.

Seria essa obrigação imposta também às micro e pequenas empresas, submetidas ao recolhimento unificado dos tributos sob o regime do Super Simples, disciplinado pela Lei Complementar nº 123, de 2006? É sobre isto que discorreremos adiante.

2. Âmbito de aplicação da lei nº 6.404/76.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a retro mencionada Lei nº 6.404/76 foi originalmente editada para regular as sociedades por ações, neste conceito englobadas as sociedades anônimas e as sociedades em comandita por ações. Posteriormente, por força do Decreto-Lei nº 1.598/77, também as sociedades limitadas submetidas à apuração do imposto de renda sob a modalidade de lucro real passaram a se sujeitar à disciplina da Lei nº 6.404/76 no que toca à forma de apuração do lucro.

Com a edição do Novo Código de Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02), na tentativa de unificar formalmente o Direito Privado, foi incluído um livro específico tratando do “Direito da Empresa”, que entre outras disposições, buscou tratar individualmente cada tipo societário, o que poderia levar um intérprete desavisado a concluir que a mencionada Lei nº 6.404 havia sido derogada pelo novo diploma consolidado civil.

Todavia, sendo impossível ao novo Código conseguir regular de forma especificada todo o espectro civil e empresarial, o que de fato ocorreu foi apenas uma unificação parcial do regime privado, que continuou convivendo com diversas leis esparsas, a exemplo da aludida Lei da S/A. Prova disso é o exposto teor do artigo 1.089 do próprio CC/02, que assim dispõe:

Art. 1.089. A sociedade anônima rege-se por lei especial, aplicando-se-lhe, nos casos omissos, as disposições deste Código.

A Lei nº 6.404/76, portanto, não só foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, como conservou sua vigência na regulação das sociedades por ações e daquelas constituídas sob outro tipo societário, até mesmo como sociedade limitada, desde que apure seu IRPJ com base no lucro real do exercício.

Destarte, tratando-se de sociedade ou firma enquadrada em algum desses casos, a Lei nº 6.404/76 é o diploma a ser obedecido, apenas se valendo de outros instrumentos normativos, como o Código Civil, em caso de lacuna na legislação especial.

A contrario sensu, constituindo-se na forma de outra espécie societária diferente da sociedade anônima e não apurando o IRPJ pelo lucro real, é indubitável que está fora do âmbito de aplicação da Lei nº 6.404, que poderá contudo ser aplicada subsidiariamente quando omissa for a legislação principal, seja o Código Civil ou outra norma legal esparsa, desde que logicamente se apresente compatível com o tipo societário em destaque.

A Lei nº 11.638, entretanto, trouxe uma inovação ao ampliar o âmbito de aplicação da aludida Lei nº 6.404/76, que passa, a partir de então, a disciplinar algumas matérias atinentes às chamadas sociedades de grande porte.

Mas o que se entende por sociedade de grande porte? Seria um novo tipo societário?

A resposta a esta última pergunta é negativa, visto que o enquadramento de uma empresa nessa classificação toma por base apenas fatores monetários. Isto é o que prevê o parágrafo único do aludido artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º, Parágrafo único. Considera-se de grande porte, para os fins exclusivos desta Lei, a sociedade ou conjunto de sociedades sob controle comum que tiver, no exercício social anterior, **ativo total superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) ou receita bruta anual superior a R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais).**

Dessa feita, independentemente do tipo societário sob o qual esteja constituída, a sociedade ou conjunto de sociedades que apresente ativo ou receita bruta superior aos valores descritos no referido tipo legal deverá sujeitar-se a algumas regras da Lei nº 6.404/76, relacionadas à escrituração, elaboração de demonstrações financeiras e, especialmente, à obrigatoriedade de auditoria independente, imposição esta que a Lei nº 11.637 fez questão de ressaltar de forma expressa como será examinado mais adiante.

3. Enquadramento como Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP). Opção pelo regime do Super Simples (LC 123/2006).

Antes de adentrarmos de fato na análise do objeto principal deste estudo, que é a análise da obrigatoriedade das micro e pequenas empresas optantes do Super Simples de realizar auditoria independente de suas demonstrações financeiras, mostra-se de fundamental importância esclare-

cer quais são essas sociedades ou firmas individuais que se submetem ao regime unificado de arrecadação dos tributos.

Assim, em primeiro lugar, é pertinente ressaltar que microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP), tal qual as sociedades de grande porte, não são novos tipos societários como há muitos possa parecer. A necessidade de enquadramento como ME e EPP, na verdade, refletiu um mandamento constitucional, inserto nos artigos 170, IX, e 179 da Carta Magna, que buscou garantir tratamento jurídico diferenciado a determinadas sociedades e firmas individuais que, não obstante aufram menor monta de receitas, são grandes responsáveis pela estabilidade da economia de qualquer país.

Eis o teor dos mencionados dispositivos constitucionais:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Como pode se inferir do próprio regramento constitucional, coube ao legislador ordinário definir o que se entende por um e outro conceito, o que se concretizou em 1996, com a edição da Lei nº 9.317, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições no âmbito federal (Simples Federal) e definiu inicialmente como microempresa aquela pessoa jurídica que auferisse no ano-calendário receita bruta igual ou inferior a R\$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais), e empresa de pequeno porte como sendo aquela que auferisse, no mesmo período, receita bruta superior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$720.000,00 (setecentos e vinte mil reais).

Em 11 de dezembro de 1998, foi editada a Lei nº 9.732, majorando o limite máximo de receita para enquadramento de uma empresa como sendo de pequeno porte de R\$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil reais) para R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Posteriormente, por força da Lei nº 11.196/2005, foram alterados os parâmetros utilizados para o enquadramento como ME e EPP, no que foi seguido fielmente pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de

2006. O novel diploma complementar, que instituiu o Super Simples, tratamento jurídico diferenciado às ME e EPP previsto pela Carta Magna, adiante analisado, tratou de dar nova regulação ao tema, definindo-as em seu art.3º, nos seguintes termos:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

*I – no caso das **microempresas**, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, **receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);***

*II – no caso das **empresas de pequeno porte**, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, **receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).***

Este é o conceito atualmente vigente de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Diante disso, um questionamento é inevitável: auferindo receita bruta que se enquadre nos parâmetros acima referenciados, estaria aquela sociedade ou firma individual automaticamente apta a usufruir dos benefícios da LC 123/2006 (SUPER SIMPLES)?

A resposta a essa pergunta é Não!

A Lei Complementar 123/06 elencou basicamente duas causas que impedem a opção pelo Super Simples.

A primeira delas já foi há pouco detalhada, consistente na vinculação à receita bruta auferida pela pessoa jurídica. Logo, caso não se enquadre dentro dos parâmetros acima referenciados para enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, impossível será a opção pelo regime diferenciado instituído por aquela Lei.

A segunda causa de vedação à opção pelo Super Simples, por sua vez, relaciona-se a caracteres específicos da sociedade, tal qual descritos no art. 4º da própria LC 123/06.

Entre essas hipóteses, o aludido art. 4º é claro ao vedar a inclusão no regime do Super Simples de determinadas pessoas jurídicas que, embora se encaixem na noção legal de ME e EPP, prescindiriam dos benefícios concedidos pela lei, a exemplo das sociedades por ações, previstas em seu inciso X:

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata

o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: (Redação dada pela LC 128/2008)

(...)

X – constituída sob a forma de sociedade por ações

Ora, para se entender essa vedação, faz-se necessário atentar para os motivos e circunstâncias que justificaram a criação desse regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições.

Em um primeiro momento, não se pode olvidar que, em complementação aos artigos 170 e 179, retro transcritos, a Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, cuidou de prever mais um instrumento para o desenvolvimento da atividade dos micro e pequenos empresários, ao acrescentar uma alínea e o parágrafo único ao artigo 146 do texto constitucional, que assim dispõem:

Art. 146. *Cabe à lei complementar:*

(...)

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

Parágrafo único. *A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que:*

I - será opcional para o contribuinte;

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado;

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento;

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes.

Assim, com o fito de regulamentar esses novos dispositivos constitucionais, foi aprovada, em 14 de dezembro de 2006, a Lei Complementar nº 123, que instituiu o regime unificado de arrecadação de impostos e contribuições conhecido por Super Simples, cujo objetivo precípua não era outro senão diminuir os custos e a complexidade da atividade empresarial desses menores empresários, sem

se esquecer logicamente do interesse oculto dos Fiscos de garantir a arrecadação.

Como bem deixou assentado o Deputado Luiz Carlos Hauly, em seu parecer apresentado à Comissão Especial responsável pela apreciação do Projeto da LC 123 (in: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/355888.pdf>>):

“Segundo a justificativa do Projeto de Lei Complementar nº 123, de 2004, na década de noventa, o número de tais empresas [ME e EPP] chegava, no Estado de São Paulo, a noventa e sete por cento do total de estabelecimentos empresariais, sendo que, desse montante, oitenta e sete por cento eram microempresas.

Após a implantação do Simples, o qual possibilitou o recolhimento unificado de diversos tributos e contribuições federais, vários Estados Federados adotaram medidas semelhantes em suas respectivas áreas de competência, as quais, contudo, faziam uso de normas de enquadramento e alíquotas bastante diferenciadas, dada a autonomia política destes entes.

Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 42, de 2004, veio a atender um anseio que já se fazia sentir, qual seja, o de se criar um mecanismo de recolhimento dos tributos e contribuições devidos em todos os entes da federação, de modo unificado, com menores custos para as microempresas e empresas de pequeno porte”.

A pessoa jurídica que optar por se inscrever no Simples Nacional, portanto, terá, entre outros benefícios:

- a) tributação com alíquotas mais favorecidas e progressivas, de acordo com a receita bruta auferida;
- b) recolhimento unificado e centralizado de impostos e contribuições federais, com a utilização de um único Darf, no qual estarão incluídos os impostos estaduais e municipais;
- c) cálculo simplificado do valor a ser recolhido, apurado com base na aplicação de alíquotas unificadas e progressivas, fixadas em lei, incidentes sobre uma única base, a receita bruta mensal;
- d) possibilidade de adoção de livro caixa no qual serão escrituradas toda a movimentação financeira e bancária;
- e) parcelamento de débitos de forma favorecida;
- f) dispensa de algumas obrigações trabalhistas, etc.

Não resta dúvidas, portanto, que a LC 123 desempenhou um papel fundamental no exercício da atividade empresarial no Brasil, libertando as ME e EPP que optem pelo regime do Super Simples de maiores entraves na consolidação de suas demonstrações contábeis e fiscais.

Dito isso, agora sim se pode entender por que as sociedades constituídas por ações não podem optar por tal regime unificado de arrecadação. Caracterizada por uma complexa sistemática contábil, a natureza das sociedades por ações simplesmente é incompatível com o espírito do Super Simples, que não se resume apenas ao recolhimento unificado de tributos.

4. Da obrigatoriedade de auditoria independente nos balanços patrimoniais.

Esclarecido o conceito de microempresa e de empresa de pequeno porte e separados os campos de aplicação da Lei nº 6.404/76 e da Lei Complementar nº 123, torna-se possível então passarmos ao exame do escopo principal deste artigo, qual seja, a exigência de auditoria independente nas demonstrações financeiras das ME e EPP.

Antes, cumpre advertir que o objetivo das demonstrações financeiras não é outro senão demonstrar ao próprio empresário, acionista, cotista, e até mesmo ao investidor, as informações confiáveis acerca da posição financeira, do desempenho financeiro e dos fluxos de caixa de uma certa pessoa jurídica.

Ademais, uma das demonstrações financeiras mais importantes é o conhecido balanço patrimonial, que, em suma, é a representação organizada daquilo que a empresa tem e pode utilizar no exercício de sua atividade, e daquilo que a empresa deve num determinado momento.

Com base nisso, a Lei nº 6.404/76 impõe às pessoas jurídicas por ela disciplinadas que:

Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

I - balanço patrimonial;(…).

Art. 177. A escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei e aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo observar métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais segundo o regime de competência.

No mesmo sentido, o Novo Código Civil de 2002 também obriga o empresário e a sociedade empresária a manter um sistema de escrituração contábil, nos seguintes termos:

Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respecti-

va, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

Todavia, o parágrafo 2º do mesmo artigo do diploma consolidado civil prevê exceção ao disposto no seu caput, justamente em favor das microempresas e empresas de pequeno porte, às quais a lei assegura tratamento favorecido, diferenciado e simplificado (art. 970, CC), dispensando-as da obrigatoriedade de manutenção de uma escrituração contábil-financeira estruturada:

Art. 1.179. (...)

§ 2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970.

O art. 970, retro referido, entretanto, não continha definição expressa de quem poderia ser considerado como “pequeno empresário”, o que poderia acarretar dúvidas quanto à efetividade do dispositivo.

Com a edição da LC 123/06, entretanto, tal impasse foi solucionado pela previsão contida no art. 68 do mencionado diploma, que assim estatui:

Art. 68. Considera-se pequeno empresário, para efeito de aplicação do disposto nos arts. 970 e 1.179 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o empresário individual caracterizado como microempresa na forma desta Lei Complementar que aufera receita bruta anual de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais).

Com a inclusão desse dispositivo, portanto, passamos a conviver com 05 (cinco) regimes jurídicos distintos no que concerne à forma de escrituração contábil.

O primeiro regime é aquele aplicável às pessoas jurídicas não enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte, mas que não se submetessem aos ditames da Lei nº 6.404/76 (Lei das S/A), tais como as sociedades limitadas que apuram IRPJ sob a modalidade de lucro presumido. Essas sociedades devem, então, seguir o que dispõe o art. 1.179 do Código Civil, que as obriga a manter sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

O segundo regime de escrituração contábil é o que deve ser seguido pelas sociedades anônimas e demais pessoas jurídicas abarcadas pela Lei nº 6.404/76, cujo âmbito de abrangência restou esclarecido no item 2, *supra*. Essas sociedades, como visto, estão submetidas a regras de escrituração de elevada complexidade, entre elas a obrigatoriedade de auditoria de balanço por auditores independentes.

O terceiro grupo, por sua vez, compreende aquelas pessoas jurídicas referidas no art. 68 da LC 123/06, retro transcrito, ou seja, os empreendedores individuais com receita bruta acumulada no ano de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais). Para esses, o diploma complementar permi-

te que façam a comprovação da receita bruta mediante apresentação de registro de vendas independentemente de documento fiscal de venda ou prestação de serviço, ou escrituração simplificada das receitas, consoante previsto no § 1º de seu art. 26, *in verbis*:

Art. 26. (...)

§ 1º Os empreendedores individuais com receita bruta acumulada no ano-calendário de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), na forma estabelecida em ato do Comitê Gestor, farão a comprovação da receita bruta, mediante apresentação do registro de vendas ou de prestação de serviços, ficando dispensados da emissão do documento fiscal previsto no inciso I do caput deste artigo, ressalvadas as hipóteses de emissão obrigatória previstas pelo referido Comitê.

§ 2º As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.

Por fim, o quarto e o quinto regime jurídicos, na verdade, distinguem-se por uma simples característica. Todas as sociedades neles abarcadas são enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte e auferem receita bruta anual superior a R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais). Ademais, todas estão obrigadas a manter livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária, conforme previsto no supra transcrito § 2º do art. 26. Qual a diferença então?

A distinção entre um e outro grupo de ME e EPP consiste na possibilidade de adoção de contabilidade simplificada para fins de registro das operações realizadas, de acordo com regulamentação editada pelo Comitê Gestor. Todavia, a quem se faculta tal opção?

A resposta a esse questionamento vem consubstanciada no art. 27 da LC 123/06, abaixo transcrito:

Art. 27. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão, opcionalmente, adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, conforme regulamentação do Comitê Gestor.

O quarto regime jurídico de escrituração abarca, portanto, as ME e EPP que não se enquadrem na noção de empreendedor individual e que tenham optado pelo Super Simples, diferenciando-se do último grupo apenas por permitir a adoção de contabilidade simplificada, o que não se faculta àquelas ME e EPP que não optaram pela adesão ao Super Simples, ou Simples Nacional, como preferiu chamar o legislador complementar.

Dessa feita, às ME e EPP que se submetem ao regime

do Super Simples não se atribuem maiores dificuldades no procedimento de escrituração de suas contas, mas tão só a verificação de simples levantamentos contábeis, na esteira do espírito empreendido pela LC 123.

Ademais, quando analisada a obrigação de realização de auditorias independentes nos balanços patrimoniais, a questão fica ainda mais clara.

Essa imposição foi prevista inicialmente pela Lei nº 6.404/76, que no parágrafo 3º de seu art. 177, com redação nova dada pela Lei nº 11.941/09, assim determina:

§ 3o As demonstrações financeiras das companhias abertas observarão, ainda, as normas expedidas pela Comissão de Valores Mobiliários e serão obrigatoriamente submetidas a auditoria por auditores independentes nela registrados.

Essa obrigação, contudo, consoante se infere da própria dicção legal, não se aplica tampouco a todos os tipos societários submetidos à Lei nº 6.404, mas atinge tão somente as companhias abertas.

O porquê dessa restrição está nas peculiaridades dessa espécie de sociedade, que capta recursos no mercado de valores mobiliários, demandando assim um grau elevadíssimo de publicidade e confiabilidade em suas demonstrações financeiras.

Essa necessidade de transparência e credibilidade, aliás, é a razão pela qual a Lei nº 11.638/07, em seu artigo 3º, estendeu igual obrigação às sociedades de grande porte, definidas no item 2 supra. Eis o teor do aludido dispositivo:

Art. 3o Aplicam-se às sociedades de grande porte, ainda que não constituídas sob a forma de sociedades por ações, as disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, sobre escrituração e elaboração de demonstrações financeiras e a obrigatoriedade de auditoria independente por auditor registrado na Comissão de Valores Mobiliários.

5. Conclusão

Por todo o exposto, não resta dúvidas de que essa obrigatoriedade de realização de auditoria nos balanços patrimoniais por auditores independentes não se aplica às microempresas e empresas de pequeno porte.

Mas não é só a ausência de previsão legal que impede essa imposição. Como se pretendeu deixar demonstrado ao longo desse estudo, tal imposição se apresenta totalmente incompatível com a realidade em que se encaixam as ME e EPP, mormente aquelas optantes do Super Simples. Dessa forma, ainda que houvesse disposição legal prevendo essa obrigação, seria ela claramente inconstitucional por minar a eficácia dos artigos 146, "d" e parágrafo único, 170, IX, e 179, todos da Constituição Federal.

Referências bibliográficas

SANTOS, Cleônimo dos; BARROS, Sidney Ferro. Manual do super simples, 2ª ed. São Paulo: IOB, 2009.

HAULY, Deputado Luiz Carlos. Parecer ao projeto da LC 123. Disponível em: <www.camara.gov.br/sileg/MostrariIntegra.asp?CodTeor=355888>. Acesso em: 10 ago. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

_____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

_____. Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977.

_____. Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

_____. Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998.

_____. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.

_____. Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

_____. Lei nº 11.638, de 28 de dezembro de 2007.

_____. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

SIMULAÇÃO DA LOUCURA: ÓBICE PARA CONSTATAÇÃO DO ESTADO MENTAL DO AUTOR DO FATO

Márcia Helena da Mota Quirino

Advogada; Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Pós-graduada em Ciências Criminais pela UNICAP; Pós-graduada em Direitos Humanos pela UNICAP.

Sumário

1. Introdução; 2. Quem pode ser considerado doente mental, e qual a visão do Direito Penal a respeito?; 3. Simulação da loucura; 4. A importância do perito na averiguação da inimputabilidade; 5. Prós e contras da Medida de Segurança e o papel do magistrado na apreciação dos casos concretos; 6. Considerações Finais; 7. Bibliografia.

1. Introdução

O presente artigo tem por escopo fazer uma análise acerca dos óbices encontrados pelo Poder Judiciário no que tange ao comportamento de certos indivíduos que, ao serem acusados de praticar crimes, fingem portar alguma doença mental para ter reconhecida uma inimputabilidade que na verdade não existe, nem nunca existiu.

Sendo a doença mental uma das excludentes de imputabilidade e, por conseguinte, de culpabilidade que é pressuposto da pena – de acordo com a teoria finalista da ação de Hans Welzel – quem se utiliza desse pretexto está ludibriando o Estado para beneficiar-se com a isenção de qualquer punição.

Exatamente por esse motivo, os magistrados devem ficar atentos quanto a possíveis simulações que venham a acontecer logo após a ocorrência do delito ou no curso do cumprimento da pena, sob a alegação de que sobreveio a perda das faculdades mentais.

Como em situações assim, é muito tênue a linha divisória entre o que pode ser considerado ou não insanidade, torna-se de suma importância o trabalho dos peritos, auxiliando a Justiça, na constatação da veracidade do estado psíquico do réu.

2. Quem pode ser considerado doente mental, e

qual a visão do Direito Penal a respeito?

Para a Medicina Legal, a doença mental poderia ser definida, em sentido genérico, como “qualquer afecção ou estado mórbido, orgânico ou funcional, congênito ou adquirido, temporário ou permanente, que compromete as funções psíquicas, no seu todo ou em parte”¹.

Conceição Penteadó afirma que “a doença mental sempre altera a identidade, a personalidade do indivíduo. Quanto maior o comprometimento da doença, maior a alteração da personalidade”². Os principais tipos de perturbação da saúde mental, segundo a autora, seriam: a oligofrenia, a epilepsia, a neurose, a psicopatia e a psicose.

Do ponto de vista jurídico, a doença mental é abordada pelo Código Penal vigente no Título III, da parte geral, referente à inimputabilidade penal. Sabe-se que o critério adotado pelo mencionado diploma legal para aferição da inimputabilidade é o “sistema biopsicológico”, também conhecido como “sistema misto”, que considera inimputável, ou melhor, isento de pena “o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Ao contrário do “sistema biológico ou etiológico” francês, no “biopsicológico” como bem se verificou, a doença mental pura e simples não exclui a imputabilidade. Para que isso ocorra, é necessário o perfeito enquadramento na descrição do caput do art. 26 do CPB transcrito acima. Assim, para impedir que haja a responsabilização penal, é essencial que, no momento da prática da conduta delituosa, o agente não possuísse a capacidade intelectual ou volitiva. Nas palavras de Maximiliano Führer:

*[...] a doença mental e seus equivalentes são pressupostos para a inimputabilidade, mas não suas causas. Os fatores reais de responsabilidade são dois: capacidade de entender o caráter ilícito do fato e capacidade de governar-se de acordo com este entendimento.*³

Não tendo sido, a estudada enfermidade, definida pelo aludido diploma legal, a doutrina, comumente, a considera como sendo “a perturbação mental ou psíquica de qualquer ordem, capaz de eliminar ou afetar a capacidade de entender o caráter criminoso do fato ou a de comandar a vontade de acordo com esse entendimento”⁴. Sobre esse

conceito dado pelo Direito Penal, que não coincide com o da Medicina, Heber Soares Vargas, diz que:

*[...] sem desprezar conceitos técnicos e psiquiátricos, o Direito elaborou Juízos valorativos, relacionando as causas de natureza biológica com a capacidade de entender do agente e o seu poder de autodeterminar-se, frente à situação real vivenciada no momento.*⁵

3. Simulação da loucura

Primeiramente, é imprescindível que seja feita a distinção entre simulação e dissimulação da loucura. Nesta, conforme Vargas, “um doente mental se finge de são, esconde intencionalmente seus sintomas psicopatológicos e sua loucura”⁶. Afirma, ainda, que tal comportamento ocorre com certa constância, sendo várias as razões que podem levar o citado enfermo a fingir recuperação.

A simulação, no entanto, é exatamente o oposto da dissimulação, pois nesse caso uma pessoa completamente normal e sã finge ser louca. Não se deve confundir, aqui, o ato de simular com o de mentir. Na concepção de Führer “Mentira seria uma inverdade singela, escrita ou verbal. Simulação consistiria na mentira com mise-en-scène, representada com coreografia mais ou menos elaborada”⁷.

Há bastante tempo que tal simulação vem sendo utilizada por alguns criminosos, no intuito de se verem livres de uma futura condenação. No entanto, concernente Guido Arturo Palomba “não é comum a simulação de loucura na prática pericial, e, uma vez presente, não há exame rigoroso que não a desvende”⁸.

Segundo José Ingenieros tal artifício atrai tanto porque “la ventaja del delincuente simulador consiste en ser declarado irresponsable, para ‘curar’ en seguida de su falsa locura y recuperar la libertad”⁹. Quanto ao momento em que a encenação é iniciada, Enrico Altavilla relata que:

*[...] dificilmente um criminoso terá a previsão necessária para encenar a sua loucura antes do crime; ignora, por conseguinte, a sintomatologia das perturbações mentais. Habitualmente não se começa a simular logo após o crime, mas só depois de um certo tempo, ou por ensinamento, mercê da sugestão do ambiente carcerário, ou depois de haver experimentado outros meios de defesa, que falharam.*¹⁰

Vargas expõe que há três formas de simulação, que seriam: a pré-simulação ou simulação anterior, a parassimulação ou supersimulação ou simulação aumentada, e a metassimulação ou simulação residual. No entanto, estas duas últimas formas são realizadas pelo doente mental, só a pré-simulação é efetuada pelo indivíduo são. Lins e Silva a define como “a simulação preventiva que excusa o simulador dos crimes praticados posteriormente”. De acordo com Vargas, em tal forma de simulação:

O simulador, pretendendo cometer um

*crime ou pleitear vantagem, começa a simular, meses e até anos antes, os seus sintomas para conseguir o reconhecimento social de que é um doente mental. Uma vez conseguido o reconhecimento público de sua doença, que o estigmatizou socialmente, cometerá o delito premeditado, alegando posteriormente em sua defesa a reconhecida, evidente e notória insanidade.*¹²

De acordo com Hélio Gomes, o simulador se classificaria em: ensaiado (culto) ou profano (leigo). O primeiro trata-se de indivíduo mais habilidoso e racional do que o segundo, por isso merece maior cautela por parte dos psiquiatras. Ele age como um ator que se prepara para entrar em cena, dedicando-se com afinco à análise da doença para compor o seu personagem. Como se pode constatar a seguir:

*Depois de estudar bem determinada doença, seus sintomas e sinais, sua evolução, suas características, todos os elementos que a individualizam, depois mesmo de observar doentes mentais da mesma espécie, depois de estudar bem o papel a representar e de escolher o tipo a caracterizar, o simulador treinado, ensaiado, poderá adquirir tal conhecimento, tão seguro domínio da psicose, que será capaz, se for bem dotado das faculdades de observação e imitação, de simular muito bem a doença mental, induzindo o especialista desprevenido em erro.*¹³

Quanto ao leigo, Gomes expõe que se trata do indivíduo que, ao cometer um delito, subitamente, vê na simulação da loucura o único caminho para tentar eximir-se da responsabilidade penal. No entanto, ele é o oposto do ensaiado, pois não se preocupa com qualquer tipo de preparo antes de iniciar a representação. Ele age com total improvisado e por isso na grande maioria das vezes não obtém êxito. A respeito dessa modalidade de simulador Gomes relata que:

*O simulador profano denuncia-se com a maior facilidade e presteza. Não chega propriamente a simular, mas a fazer caricaturas das psicoses. Surpreende os traços mais dramáticos, os que ele julga mais típicos, os que popularmente traduzem desarranjo mental e os apresenta exagerados. Torna-se teatral no seu delírio. Sente-se que ele posa. Falta método à sua loucura.*¹⁴

Uma obra, que data de 1917, intitulada “*Simulação nos Detentos*”, do autor Augusto Lins e Silva, já apresentava os tipos de enfermidades psíquicas mais simuladas naquela época, no seguinte trecho:

Pela sua encenação terrrificante, confusão intensa de idéias e delírio completo dos sentidos, a mania se torna a molestia mental mais frequentemente procurada pelos simu-

*ladores que, na verdade, geralmente fazem a mania aguda ou a mania transitória, conforme a concepção que o público tem do louco. Evidentemente a mania aguda com a sua agitação motora, representa a mais típica de todas as formas de loucura. Em ordem segue-se a melancolia justamente em sentido contrário da mania aguda, pela sua característica clínica de depressão. Mesmo assim, apesar das preferências, ainda os casos são difíceis de simular e mais difíceis ainda de enganar psiquiatras.*¹⁵

Vargas entende que “hoje a simulação não se faz através de grandes síndromes psiquiátricas, mas sim, concentram-se nas menores, como as neuroses”¹⁶. Ele considera que uma das doenças mais simuladas seria a amnésia e nesse caso, “o simulador da amnésia apresenta síndromes absurdas, esquecimentos exagerados e manifestações bizarras de desmemorização”¹⁷. Conforme Palomba, outros tipos bastante simulados seriam: os quadros delirantes, a epilepsia, a toxicomania, o alcoolismo e a histeria.

Ao tentarem demonstrar uma moléstia que não possuem, os simuladores preocupam-se simplesmente em fingir aspectos exteriores, comportamentais da doença. No entanto, acabam esquecendo que há aspectos fisiopatológicos da enfermidade, que também compõem o quadro clínico do paciente que sofre de transtornos psíquicos. Assim, inevitavelmente terminam sendo desmascarados pelos especialistas. Sobre isso, Palomba relata que:

*Mesmo que o simulador conheça perfeitamente bem a doença que irá representar, é impossível engendrar os sinais somáticos que a acompanham. Já se disse algures que o “louco tem aspecto de louco”: há um brilho típico nos olhos do delirante, há uma postura física típica no corpo do deprimido, há uma movimentação típica nos casos de mania, há uma inflexão de voz típica para determinadas patologias, isso para falar de algumas características grosseiras, que o simulador, por mais hábil que seja, não consegue imitar.*¹⁸

Outro aspecto que merece atenção é o fato de o farsante, na maioria das vezes, ao fingir qualquer loucura, prejudica completamente o intento dele de enganar os especialistas, ainda que o faça de modo magistral. Isso porque, para obter êxito, a doença a ser encenada deve ser compatível com o delito que foi praticado. Nos dizeres de Altavilla:

O conhecimento vulgar da loucura nunca vai até ao ponto de distinguir as diversas doenças mentais, de maneira a fazer compreender que pode haver crimes absolutamente inconciliáveis com uma determinada forma de loucura. Imagine-se, efectivamente, que um indivíduo pratica um movimentado crime de sangue, ou que, para melhorar as suas condições de vida, rouba, falsifica, comete uma burla

*engenhosa. Se simular um estado maníaco incipiente ou uma paranóia, não será descoberto pela escolha da doença; mas se, pelo contrário, quiser simular um estado melancólico, revelará, só por isso, a sua simulação.*¹⁹

Alguns estudiosos da área da psiquiatria acreditam que muitos dos que fazem uso desse tipo de fraude são, na realidade, doentes; passando a sofrer do mal que fingem possuir. Entende Altavilla que “freqüentemente, o simulador é um doente mental. [...] não é raro o caso de temíveis criminosos, que começam por simular, serem, lentamente, arrastados pelo seu delírio”²⁰. Tal fenômeno, para ele, lembraria a Síndrome de Ganser²¹, que consistiria:

*[...] numa forma crepuscular, determinada pelo prolongamento da simulação, da qual o acusado se torna prisioneiro, tentando, por vezes desesperadamente, evadir-se dela para voltar a ter um comportamento normal. Trata-se de formas pseudodemenciais, nas quais se acaba por viver o papel que se escolheu, como sincera expressão da própria personalidade. Todas estas formas reflectem a sintomatologia da doença que reproduzem.*²²

Nem todos os especialistas, no entanto, compartilham desse mesmo pensamento, como é o caso de Augusto Lins e Silva. Este discorda da doutrina que defende que todos os simuladores são doentes mentais ou psíquicos.

4. A importância do perito na averiguação da inimputabilidade

A verificação da inimputabilidade – caso haja incerteza quanto à saúde psíquica do acusado – fica a cargo do trabalho da perícia, que realizará o competente exame para tanto. De acordo com a súmula 361 do Supremo Tribunal Federal, o exame de sanidade mental deve ser presidido por no mínimo dois peritos. É indispensável a observação das regras constantes nos artigos 149 *usque* 154 do Código de Processo Penal.

De acordo com Delton Croce, para que o referido exame, na situação em comento, seja considerado válido, será “procedido, obrigatoriamente, por juspsiquiatra, nunca por profissionais de medicina especialistas em outras áreas ou por psicólogos”²³.

Na opinião de Lins e Silva, “o diagnóstico da simulação da loucura exige um conhecimento perfeito da forma de alienação que serve de máscara ao simulador, por isso que a escolha dos peritos deve recair sobre alienistas de reconhecido mérito”²⁴.

Só o especialista conduzirá, precisamente, os testes necessários à demonstração da real condição psíquica do acusado. A análise por ele realizada não se compara, certamente, com a de alguém que não possui a devida experiência, haja vista as características denunciadoras no comportamento do simulador que, sob o olhar do leigo no assunto, passariam despercebidas.

No momento do exame, segundo Führer, um ponto de suma importância a ser notado pelos peritos, por ser de grande auxílio para comprovação da existência de alguma fraude, é a indisfarçável ansiedade que o simulador demonstra ao ser avaliado. Narra o autor que “Enquanto o doente mental normalmente não demonstra qualquer interesse especial no exame, os olhos do simulador estão sempre atentos, para observar a impressão que sua *performance* está causando no examinador”²⁵.

Segundo Croce, alguns aspectos indispensáveis, a respeito do periciando, devem ser estudados, tais como: os antecedentes familiares, pessoais e psicossociais. Além disso, diversas técnicas podem ser usadas na busca pela verdade real, dentre elas existe uma que funciona como espécie de simulação do perito para desvendar o acusado simulador. Tal método, de acordo com Palomba, consistiria em:

*[...] fazer crer ao examinado que ele está logrando êxito na sua atuação, mas que há um fato estranho: a “patologia de que padece” vem sempre acompanhada de coceiras no corpo, além de rejeição de comida etc. A partir de então, o “doente”, sabendo disso, começa a apresentar também esses sintomas, visando enganar os médicos.*²⁶

Trata-se de um trabalho deveras complexo, pois exige um enorme senso de observação. Os peritos devem saber diferenciar a loucura simulada, da verdadeira loucura, que pode ser preexistente ao crime ou advinda de uma “psicose carcerária”. Esta ocorre, conforme Gomes, com certos indivíduos que apresentam menor resistência nervosa, ou seja, possuem predisposição a sofrer de algum transtorno psíquico. Conta o autor que:

*Os predispostos podem apresentar, sob a influência do choque emocional derivado da sentença condenatória e da solidão do cárcere, do abandono da família e dos interesses, distúrbios mentais variados [...]. A detenção age como fator determinante da psicose, em indivíduo predisposto, sendo muito nociva a certos psicopatas, como os anormais, cuja amoralidade incrementa; psicastênicos, cuja emotividade exalta; esquizóides, cujas tendências autísticas agrava.*²⁷

5. Prós e contras da Medida de Segurança e o papel do magistrado na apreciação dos casos concretos

A pseudo-insanidade é teatralizada por determinados delinquentes na tentativa de serem considerados inimputáveis. Assim, em vez da punição nos termos da lei, observada demonstração de periculosidade, será aplicada medida de segurança. No entanto, se na “pior” das hipóteses, forem considerados semi-imputáveis ou fronteiriços, caso não se empregue a medida, a pena pode ser reduzida de um a dois terços, na forma do parágrafo único do art. 26 do CPB.

A citada medida pode ser restritiva ou detentiva, esta consistente em internação obrigatória em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico quando o delito for apenado com reclusão; e aquela em tratamento ambulatorial quando for detenção, sendo facultativa a imposição do mesmo pelo juiz.

Ao contrário do que se pensa, a permuta da pena pela medida de segurança nem sempre será algo “lucrativo” no que diz respeito aos crimes apenados com detenção. Sobre o assunto, Führer observa que:

*Essa substituição poderá ser um ótimo negócio se o simulador estiver sendo processado por uma série grande de crimes punidos com detenção, de espécies diferentes ou sem identidade de tempo, lugar e forma de execução, não existindo a possibilidade de pedir a unificação por crime continuado fictício (art. 71 do Código Penal).*²⁸

No concernente aos apenados com reclusão, o mencionado autor expõe “a simulação da doença mental somente poderá trazer algum benefício se a pena provável for alta, acima de nove anos para o não-reincidente, acima de seis anos para o reincidente e acima de quatro anos e meio para o caso de crime hediondo”²⁹. Dessa maneira, ele acredita que tal troca é altamente vantajosa sim, mas para os crimes muito graves e para as penas muito altas.

Atente-se que, ao contrário da pena, em regra, não há previsão para o término da medida de segurança estabelecida pelo magistrado. Normalmente ela se estende até que desapareçam os sinais de periculosidade antes demonstrados pelo autor do fato. Hélio Gomes a respeito disso diz que:

*Quem for isento de responsabilidade penal por alienação, será internado no Manicômio Judiciário, onde estará sujeito à mesma severa vigilância das prisões comuns, com a agravante de que o condenado o é sempre por prazo fixo, suscetível ainda de redução pelo livramento condicional, ao passo que o internado no Manicômio fica lá por tempo indeterminado.*³¹

Para Zaffaroni e Pierangeli, como as medidas de segurança são materialmente administrativas e formalmente penais, deveria se estabelecer um prazo máximo^{32 33} de duração das mesmas. Como se pode verificar a seguir:

A natureza materialmente administrativa dessas medidas, não pode levar-nos a ignorar que, na prática, elas podem ser sentidas como penas, dada a gravíssima limitação à liberdade que implicam. E, ainda, é necessário lembrar que essa natureza formalmente penal obriga também que a “forma penal”, que a torna muito mais severa e controlada do que uma internação em manicômio comum, deva cessar em algum momento, evitando-se a possibilidade de uma indeterminação absoluta que se traduza em uma intervenção penal perpétua.³⁴

A resolução desse impasse, quanto à aplicação de pena ou de medida de segurança, em caso de dúvida quanto à imputabilidade do autor do fato delituoso, fica a cargo do competente magistrado. Para isso, é necessário que ele tenha a certeza quanto à capacidade de entendimento e de autodeterminação do acusado, que supostamente sofre de enfermidade psíquica, no momento quando a conduta tenha sido praticada.

Justamente por isso, conforme preceituado no art. 149, do Código de Processo Penal, caso pare alguma dúvida quanto à integridade mental do acusado, o juiz determinará que o mesmo seja submetido a exame médico-psiquiátrico, seja qual for a fase da persecução penal, ficando assim instaurado o incidente de insanidade mental.

No entanto, deve-se atentar para o fato de que o magistrado não fica adstrito ao resultado do laudo pericial, conforme previsto no art. 182 do código citado. Sobre isso Conceição Penteado expõe que:

É tarefa do perito psiquiátrico reconhecer a causa biológica no agente e dizer se há influência dessa causa na capacidade de discernimento ou no poder de vontade do agente, ao tempo do fato criminoso. Não é retirada contudo a faculdade de livre convencimento do juiz criminal, visto que a lei processual penal lhe assegura liberdade para apreciação de provas. Caberá a ele sempre a última palavra na decisão e, portanto, com isso assumirá pessoalmente a responsabilidade pela aplicação ou não da pena.³⁵

Assim, é de grande importância o papel do magistrado nessas ocasiões. E para que decida do modo mais sábio possível, é essencial que todas as provas obtidas sejam apuradas com o máximo de cautela já que dele depende o destino de outra pessoa. Para Genival Veloso de França:

O julgador tem de ser, antes de tudo, um cientista do comportamento humano. O julgador não pode ser apenas um frio executor de decisões contra atividades anti-sociais, prendendo infratores da lei. Julgar um homem sem conhecê-lo é uma forma indistigável de “charlatanismo jurídico”, simplesmente porque cada delinqüente é tão diferente dos outros como desiguais e complicadas são as suas próprias infrações. Mais importante do que os homens conhecerem a Justiça é a Justiça conhecer o homem.³⁶

6. Considerações Finais

Através do estudo da “simulação da loucura” – consistente no ato de encenar uma enfermidade psíquica, para escapar da imposição de uma pena – pôde-se observar que, apesar de não ocorrer com tanta frequência, tal prática é bem antiga e merece uma maior atenção por parte do Poder Judiciário.

Quando alguém que tenha cometido um delito apela para a simulação da loucura, na esperança de que a Justiça creia se tratar de um inimputável portador de doença mental, essa fraude passa a constituir mais um entrave para a efetivação do *jus puniendi* estatal. O que não implica dizer que tal simulação não possa ser desmascarada. É quase impossível esconder uma farsa dos especialistas por tanto tempo.

Um aspecto importante, na maioria das vezes, desconhecido pelo simulador é que, para o Direito Penal, a enfermidade psíquica tão somente não é causa de inimputabilidade, e sim apenas um dos seus pressupostos. É preciso também comprovar a inexistência da capacidade intelectual ou da capacidade volitiva, no momento em que a conduta criminosa tenha sido realizada, caso contrário, não há como se cogitar a hipótese de ser declarado penalmente irresponsável.

É extremamente difícil para o julgador o momento de decidir pela aplicação de uma pena ou de uma medida de segurança, quando não se tem a plena convicção de que o acusado é um doente mental de verdade, e não se trata de um aproveitador.

Em situações de alta complexidade, como as que envolvem uma suposta simulação da loucura, é mister que, com o auxílio da Psiquiatria Forense, o magistrado analise-as do modo mais equânime possível, só assim, terá condições de fazer seus julgamentos de forma mais acertada, evitando proferir, assim, decisões injustas.

7. Bibliografia

Livros

ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. Manual de medicina legal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da inimputabilidade no Direito Penal. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GOMES, Hélio. Medicina Legal. 22. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

INGENIEROS, José. Simulación de la locura: ante la criminología, la psiquiatria y la medicina legal. Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cia, 1918.

MOLINA, Cláudia. A mulher no Manicômio Judiciário. MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de (organizador). In: Saúde Mental e o Direito: ensaios em homenagem ao

Professor Heitor Carrilho. São Paulo: Método, 2004.

PALOMBA, Guido Arturo. Loucura e crime. 1. ed. São Paulo: Fiuza Editores, 1996.

PENTEADO, Conceição. Psicopatologia Forense: breve estudo sobre o alienado e a lei. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

SILVA, Augusto Lins e. Simulações nos detentos. Recife: Imprensa Industrial, 1917.

VARGAS, Heber Soares. Manual de Psiquiatria Forense. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

ZACHARIAS, Manif. Dicionário de medicina legal. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Documento em meio eletrônico/Internet

BALLONE, Geraldo José. Síndrome de Ganser. PSIQWEB – psiquiatria geral. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/conversi5.html#ganser>. Acesso em: 16 de maio de 2006.

MÁRCIA HELENA DA MOTA QUIRINO (autora do artigo “Simulação da loucura: óbice para constatação do estado mental do autor do fato”)

1. ZACHARIAS, Manif. Dicionário de medicina legal. 2. ed. São Paulo: IBRASA, 1991, p. 139.

2. PENTEADO, Conceição. Psicopatologia Forense: breve estudo sobre o alienado e a lei. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 30-31.

3. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da inimputabilidade no Direito Penal. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 112-113.

4. CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 298.

5. VARGAS, Heber Soares. Manual de Psiquiatria Forense. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 48.

6. VARGAS, Heber Soares. Manual de Psiquiatria Forense. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 390-391.

7. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Tratado da inimputabilidade no Direito Penal. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 105.

8. PALOMBA, Guido Arturo. Loucura e crime. 1. ed. São Paulo: Fiuza Editores, 1996, p. 158.

9. INGENIEROS, José. Simulación de la locura: ante la criminología, la psiquiatria y la medicina legal. Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos de L. J. Rosso y Cía, 1918, p. 99.

10. ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981, p. 300.

11. SILVA, Augusto Lins e. Simulações nos detentos. Recife: Imprensa Industrial, 1917, p. 8.

12. VARGAS, Heber Soares. Manual de Psiquiatria Forense. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 388.

13. GOMES, Hélio. Medicina Legal. 22. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 202.

14. GOMES, Hélio. Medicina Legal. 22. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 202.

15. SILVA, Augusto Lins e. Simulações nos detentos. Recife: Imprensa Industrial, 1917, p. 13.

16. VARGAS, Heber Soares. Manual de Psiquiatria Forense. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 390.

17. VARGAS, Heber Soares. Manual de Psiquiatria Forense. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990, p. 390.

18. PALOMBA, Guido Arturo. Loucura e crime. 1. ed. São Paulo: Fiuza Editores, 1996, p. 158.

19. ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981, p. 304.

20. ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981, p. 324.

21. A Síndrome de Ganser é um “transtorno Dissociativo que se manifesta por uma produção voluntária de sintomatologia psiquiátrica muito severa, exuberante e inusitada. No exame desses pacientes podemos perceber respostas incoerentes e discurso despropositado, cujo objetivo é convencer solidamente o observador de que o paciente, de fato, está louco. Perguntando-se à essas pessoas quanto é dois mais um, costumam responder quatro, ou a cor de uma parede verde ele diz ser preta. São elementos da realidade intelectual e sensorial que não se alteram em nenhuma espécie de loucura. Caso esse paciente estivesse desorientado de fato, diria não sei para as duas perguntas. A Síndrome de Ganser pode fazer parte de um quadro dissociativo, juntamente com os demais sintomas histéricos. Há aqui, evidentemente, uma perturbação nas funções habitualmente integradas da consciência, memória, identidade ou percepção do ambiente”. (BALLONE, Geraldo José. Síndrome de Ganser. PSIQWEB – psiquiatria geral. Disponível em: <http://www.psiqweb.med.br/conversi5.html#ganser>. Acesso em: 16 de maio de 2006).

22. ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária: o processo psicológico e a verdade judicial*. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981, p. 298.

23. CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 524.

24. SILVA, Augusto Lins e. *Simulações nos detentos*. Recife: Imprensa Industrial, 1917, p. 18.

25. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 106.

26. PALOMBA, Guido Arturo. *Loucura e crime*. 1. ed. São Paulo: Fiuza Editores, 1996, p. 159.

27. GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 22. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 109.

28. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 110.

29. FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 110-111.

30. De acordo com Cláudia Molina, o termo "Manicômio Judiciário" foi substituído, em 1982, por uma nova nomenclatura, "Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico" (HCTP), para, segundo ela, "ser coerente com o conceito de que o doente mental precisa ser tratado e não aprisionado". Sem dúvida, a expressão manicômio judiciário é inapropriada porque traz consigo uma carga extremamente estigmatizante. (MOLINA, Cláudia. *A mulher no Manicômio Judiciário*. MEDEIROS, Cristiano Carrilho Silveira de (organizador). In: *Saúde Mental e o Direito: ensaios em homenagem ao Professor Heitor Carrilho*. São Paulo: Método, 2004, p. 57).

31. GOMES, Hélio. *Medicina Legal*. 22. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 200-201.

32. Alguns doutrinadores entendem que, para o imputável, tal medida deveria ter como prazo máximo a pena máxima em abstrato cominada ao crime praticado pelo mesmo. Já no caso do imputável ou do semi-imputável com pena diminuída, naquelas situações em que tenha sido aplicada a medida substitutivamente, duraria até o restante da pena que estava sendo cumprida pelo indivíduo. Mas há quem não concorde com tal posicionamento.

33. Contrariando os que defendem o estabelecimento de um prazo máximo para a medida de segurança, Maximiliano Führer entende que "Ao afastar o imputável da medida de segurança, que, agora, só se destina aos loucos e dependentes, o legislador reformador de 1984 afastou junto qualquer identidade que a medida de segurança pudesse ainda manter com a pena. Neste momento legislativo brasileiro a pena e a medida de segurança são dois institutos absolutamente diversos, com estruturas e fins diferentes. [...] A medida de segurança não pode ter prazo determinado porque a duração do tratamento não se sujeita a qualquer padrão preestabelecido. Findo o prazo, a necessidade pode persistir. Se ocorre cura antes do prazo a medida deve ser extinta incontinenti. Se sobrevém melhora, a progressão deve ser imediata". (FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Tratado da inimputabilidade no Direito Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 178-179).

34. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 120-121.

35. PENTEADO, Conceição. *Psicopatologia Forense: breve estudo sobre o alienado e a lei*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 67.

36. FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina Legal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004, p. 407.

COMENTÁRIOS À LEGISLAÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Renato Evaristo da Cruz Gouveia Neto

Advogado, Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Mackenzie (SP), Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar-RN e pós-graduando em Direito Tributário Empresarial pela Faculdade Armando Álvares Penteado (SP).

Sumário:

Introdução; 1. Histórico e evolução da Contribuição de Melhoria no ordenamento jurídico brasileiro; 1.1 - Histórico Constitucional; 1.2 Constituição Federal de 1988; 1.2.1 Obra Pública; 1.2.2 Melhoria; 1.2.3 Competência; 2. Natureza jurídica da Contribuição de Melhoria; 2.1 Conceito de tributo utilizado pelo Código Tributário Nacional; 2.2 Espécies de tributo; 2.2.1 Impostos; 2.2.2 Taxas; 2.2.3 Contribuição de Melhoria; 2.2.4 Síntese conclusiva; 3. A regra-matriz de incidência tributária; 3.1 - Critério material; 3.2 - Critério espacial; 3.3 Critério temporal; 3.4 Aspecto pessoal; 3.5 Aspecto quantitativo; 3.5.1 Base de cálculo; 3.5.2 Alíquota; 4. Requisitos para a cobrança da Contribuição de Melhoria – O Decreto-Lei nº 195/67; 5. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução

A contribuição de melhoria – tributo objeto do presente estudo – foi inicialmente inserida no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação da Constituição Federal de 1934, como instrumento de recuperação dos gastos incorridos pelo Estado na execução de obra pública, da qual resulte valorização imobiliária aos imóveis por ela afetados. Continuando a linha de institutos semelhantes que vinham sendo instituídos em ordenamentos jurídicos de outros países, no Brasil o tributo se manteve na esfera constitucional desde a primeira Constituição promulgada até a atual, exceção feita à de 1937, que foi omissa.

O nosso objetivo no decorrer deste trabalho obviamente não será o de esgotar a matéria que trata da contribuição de melhoria em todas as suas minúcias, visto que, para tanto, se faria necessário um tratado. Ao contrário, optamos por fazer uma pesquisa basicamente legislativa e

doutrinária, com o escopo de apresentarmos as principais notas referentes ao tributo, de forma condizente com o intuito deste artigo. Em suma, procederemos à definição do sistema jurídico aplicado à contribuição de melhoria e faremos sua comparação com outros institutos tributários, visando esclarecer sua independência diante das demais espécies tributárias existentes no nosso ordenamento jurídico.

1. Histórico e evolução da Contribuição de Melhoria no ordenamento jurídico brasileiro

1.1. Histórico Constitucional

Desde a Constituição de 1934, art. 124, com exceção à Carta de 1937, que foi omissa nesse ponto, o sistema jurídico brasileiro consagra a contribuição de melhoria como espécie própria, que não se confunde com as taxas e imposto. A Carta de 1934 dispunha:

Art. 124. Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração que as tiver efetuado poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria.

Note-se que o dispositivo acima transcrito trazia em seu bojo alguns importantes elementos característicos deste tributo, os quais perduraram, implícita ou explicitamente, até a atualidade, conforme veremos oportunamente. São eles:

a) Comprovação da valorização imobiliária: a melhoria, para que pudesse dar ensejo à exação, deveria restar devidamente comprovada, não bastando para tanto simples presunção;

b) A causa da valorização: a mais-valia imobiliária verificada deveria decorrer diretamente da realização da obra pública, excluídas quaisquer outras hipóteses ou fatores a ela alheios;

c) Competência para cobrança: o tributo somente poderia ser cobrado pela Administração responsável pelo empreendimento da obra da qual resultou a melhoria;

d) Contribuinte: a cobrança da contribuição de melhoria deveria recair única e exclusivamente sobre os beneficiados pela obra pública, isto é, os proprietários dos imóveis que experimentaram a valorização.

Após o silêncio da Carta de 1937, a Constituição de

1946 voltou a adotar modelo similar ao primeiro:

Art. 30. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar:

I - contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em consequência de obras públicas. (...)

Parágrafo único. A contribuição de melhoria não poderá ser exigida em limites superiores à despesa, nem ao acréscimo de valor que da obra decorrer para o imóvel beneficiado.

Nesse dispositivo podemos observar que, além dos elementos acima citados, constantes no art. 124 da Carta de 1934, o constituinte de 1946 preocupou-se em explicitar no texto legal os limites à cobrança do tributo, quais sejam: (i) total ou global: o custo da obra pública, como se infere do texto "(...) não poderá ser exigida em limites superiores à despesa"; e (ii) individual: o *quantum* acrescido ao imóvel em decorrência da obra, ou conforme disposto "(...) nem ao acréscimo de valor que da obra decorrer para o imóvel beneficiado". Essas informações, além de delimitarem o *quantum debeat*, deixam claro que a exação somente poderá ocorrer após a conclusão da obra e respectiva verificação da melhoria.

Além disso, conforme bem observa Rodrigues, "uma diferença importante entre os dois textos é que o artigo em tela atribui competência para instituir a contribuição de melhoria à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, diferentemente do anterior, que mencionava apenas a Administração". Segundo a autora, "ao explicitar que as pessoas políticas União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para 'cobrar' a contribuição de melhoria, inclui-se aí a atividade legislativa, não deixando margem a dúvidas quanto à necessidade de lei que crie, 'in abstracto', o tributo, para que somente depois a Administração possa lançá-lo e exigi-lo"¹ (destaques do original). Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 18, de 6.12.1965, tratou da matéria ao estabelecer a reforma tributária:

Art. 19. Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, cobrar contribuição de melhoria para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Mais adiante, a Constituição de 1967 consagrou o tributo em seu art. 19, porém menção não foi feita ao *limite individual*, que somente retornou ao âmbito constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 01, de 1969. Vejamos sua redação:

Art. 18. Além dos impostos previstos nesta Constituição, compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir:

II - contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários dos imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

Confrontando rapidamente os dispositivos acima transcritos, podemos verificar que os fundamentos da contribuição de melhoria são: realização de obra pública, da qual resulte valorização do imóvel por ela beneficiado. Além disso, essa análise também revela que a cobrança deve ser comprovada e é limitada de forma total pelo custo da obra, sendo a valorização do imóvel uma limitação individual².

Este resumido histórico sobre a evolução constitucional do tributo é o marco inicial para que possamos ingressar no estudo do instituto na atualidade, como faremos a seguir.

1.2. Constituição Federal de 1988

Atualmente, a contribuição de melhoria vem prevista em nosso ordenamento jurídico nos art.s 145, III, da Constituição Federal, 81 e 82 da Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (Código Tributário Nacional) e é regulamentada pelo Decreto-Lei nº 195, de 24.2.1967, além de encontrar amparo em vários dispositivos das legislações estaduais e municipais, os quais deixaremos de citar em face dos objetivos iniciais deste trabalho.

A Carta Política vigente em nosso ordenamento não introduziu grandes alterações no conceito do tributo. Entretanto, ao contrário dos dispositivos acima estudados, foi mais concisa no seu tratamento. Dispõe o art. 145 da Constituição:

Art. 145: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

I – impostos;

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas. (Destacamos)

Como se pode observar, o constituinte de 1988 se restringiu a tratar da competência e da causa da cobrança do tributo, suprimindo os demais elementos do seu arquétipo genérico, anteriormente expressos, quais sejam: comprovação da melhoria, contribuinte e limites (total e individual).

Pois bem. A frase que nos interessa no dispositivo é: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir (...) contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas". A simplicidade do texto pode revelar certas ambiguidades ou acarretar conclusões errôneas. Por isso, mister se faz uma análise detalhada de alguns de seus elementos.

1.2.1 Obra Pública

Bandeira de Mello conceituou obra pública como sendo “a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público”³. Conforme já visto anteriormente, à contribuição de melhoria interessa tão somente a obra pública que provoca valorização imobiliária, sendo aquela (obra pública) condição necessária à tributação.

Vale salientar que toda obra pública pressupõe um serviço público correspondente, caracterizado por essas atividades de construção, reparação, edificação ou ampliação sobre bens de domínio público, realizadas pela própria Administração ou por quem lhe faça as vezes. Logo, por obra pública deve-se entender “*resultado de um serviço público de execução de obra pública*”.

Para Carrazza, “a interpretação sistemática do art. 145, III, da CF nos leva à insofismável conclusão de que não é qualquer obra pública que pode ensejar a instituição (por meio de lei) e a cobrança (por meio de providências administrativas) de contribuição de melhoria, mas, tão-somente, a obra pública que provoca valorização imobiliária.”⁵

Portanto, temos que o tributo decorre, na verdade, de um efeito incidental da obra pública sobre imóveis por ela afetados. Esse efeito, importa ressaltar, deve ser positivo, isto é, deve corresponder a um aumento de valor, de modo contrário não há que se falar em melhoria, e, conseqüentemente, em tributação por contribuição de melhoria. A execução da obra pública é, portanto, condição fundamental, porém não suficiente à tributação. Deve haver uma relação de causalidade entre a realização da obra e a mais-valia imobiliária verificada.

Finalmente, não nos olvidemos que, conforme os dispositivos constitucionais anteriores ao ora comentado, a obra pública é fator determinante do limite global à tributação por contribuição de melhoria. Isso porque, conforme visto anteriormente, o tributo se consubstancia na “recuperação do enriquecimento ganho por um proprietário em virtude de obra pública concreta no local da situação do prédio”⁶. Por ter caráter de recuperação, a cobrança não deve visar a valor mais elevado do que o desembolso a ser recuperado, isto é, o custo da obra (limite total).

Apesar de certa divergência na doutrina em relação a essa limitação, já que o constituinte de 1988 a ela não fez menção no artigo em comento, entendemos que é condição a ser observada quando da tributação, já que é sabido que o Estado, ao desempenhar sua atividade pública, não deve auferir lucro. Se cobrado dos particulares beneficiados valor superior ao custo total da obra, caracterizado estaria seu enriquecimento sem causa.

1.2.2 Melhoria

Por melhoria entende-se o benefício especial, auferido pelos proprietários de imóveis particulares, consubstanciado na valorização imobiliária decorrente da execução de obra pública e incorporada a esses imóveis. Ou, em outras

palavras, é o efeito incidental positivo que decorre da obra pública sobre os imóveis por ela afetados.

No entanto, não é incomum que da execução de uma obra pública resulte desvalorização dos imóveis adjacentes. Tiram os como exemplo o que ocorreu na cidade de São Paulo: em 25 de janeiro de 1971 foi inaugurado o Elevado Costa e Silva, popularmente conhecido como “Minhocão”. Trata-se de uma via elevada de concreto, levantada em meio a edifícios residenciais, com o intuito de encurtar a ligação viária entre as zonas leste e oeste da cidade. Contudo, não obstante o benefício público gerado, referida obra causou significativa desvalorização daqueles imóveis, visto que estes passaram a ser incomodados (i.e., afetados negativamente) pela poluição sonora e ambiental que o tráfego constante de automóveis nela ocasionam.

Ora, se da obra pública resultar desvalorização dos imóveis por ela afetados, com fundamento na responsabilidade patrimonial do Estado, consagrada em nosso ordenamento pelo art. 37, § 6º, da CF, incumbirá ao Estado indenização aos lesados, uma vez comprovada a depreciação resultante da obra pública (as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras do serviço público seriam as responsáveis pelo ressarcimento dos danos causados).

Assim, segundo Rodrigues, “a contribuição de melhoria é a contrapartida da responsabilidade patrimonial do Estado. Isto é, se o Estado deve indenizar quando da obra pública resulte dano ao administrado, é justo que exija contribuição de melhoria se proporcionar benefício especial, além do benefício geral.”

Continuemos. Muito embora tenha silenciado o texto constitucional sobre a valorização imobiliária, temos que esta ideia resta implícita na Constituição em vigor. Ademais, Rodrigues nos lembra que “o próprio *nomen juris* do tributo traz consigo importante carga semântica: a contribuição é de melhoria – isto é, trata-se de contribuição devida em razão de uma melhoria. A mais-valia imobiliária é a indicação de que houve melhoria; ou, em última análise, é a própria melhoria”⁹ (grifos da autora). Sobre o assunto, Machado observa, ensina, com propriedade, que :

*da obra pública resultam vantagens gerais para toda a comunidade, mas resulta uma vantagem especial para os proprietários de imóveis no local em que se encarta. Não é justo que estes proprietários usufruam dessa valorização, decorrente de obra realizada com o dinheiro do Tesouro Público. Não é justo que os contribuintes em geral paguem impostos, e do emprego dos recursos públicos resulte valorização imobiliária para determinadas pessoas. Dessa valorização o Tesouro tem o direito de recuperar o que gastou com a obra respectiva. Por isto é que os financistas imaginaram um tributo capaz de fazer retornar ao Tesouro o valor despendido em obras públicas, até o limite da valorização imobiliária decorrente*¹⁰.

Outra questão importante é a da *melhoria* como limitação individual ao poder de tributar, que, como vimos, constava nos dispositivos constitucionais anteriores ao vigente. Paralelamente à limitação global pelo custo da obra pública, a melhoria, conforme bem observou o autor acima, limita individualmente a tributação por via de contribuição de melhoria. Isso porque cada particular que auferir a valorização de seu imóvel em decorrência da obra pública será tributado na proporção daquela valorização. Trata-se do princípio do custo/benefício, sobre o qual se manifesta Torres na seguinte forma:

A contribuição de melhoria é tributo afinado com a idéia de justiça fiscal e se subordina ao princípio do custo/benefício, embora não lhe seja estranho o princípio da capacidade contributiva. Cuida-se de custo (para a Administração) e de benefício (para o contribuinte) interligados na mesma equação, em contato permanente e interação dialética. O princípio do *custo/benefício* aparece em simetria com a problemática *mais-valia/despesa pública* ligada ao fundamento do tributo”¹¹ (destaques do autor).

Ou seja, segundo discorreu o autor, o Estado não pode cobrar, a título de contribuição de melhoria, mais do que gastou na melhoria, e ainda assim estará limitado, nessa recuperação de gastos, à efetiva valorização (mais-valia) do imóvel afetado pela obra pública.

1.2.3 Competência

O artigo constitucional em análise atribui à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a competência para instituir a contribuição de melhoria. Instituir, no caso, quer dizer “criar tributo legislativamente”, ou seja, em estrita observância do princípio da legalidade, e importa lembrar que terá competência para instituí-la a pessoa política que tiver a competência administrativa para a execução da obra pública.

Nesse sentido, afirma Carrazza que “a obra pública deve ser realizada com apoio na lei da pessoa política que tem competência administrativa (constitucionalmente traçada) para levá-la a efeito. Só depois de pronta a obra pública e verificada a existência da valorização imobiliária que ela provocou é que se torna admissível a tributação por via de contribuição de melhoria”¹².

Ademais, é de se notar que o texto constitucional traz a seguinte expressão: “A União, os Estados, O Distrito Federal e os Municípios poderão instituir...” (destacamos). Muito embora tenha o constituinte de 1988 utilizado o verbo poder, que sob uma primeira análise passa a ideia de facultatividade (característica da competência tributária), em matéria de contribuição de melhoria devemos ter a ideia de obrigação. Isso porque é dever do Estado reaver o incremento de valor que a execução de obra pública proporcionou aos proprietários dos imóveis por ela afetados, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa desses particulares. O Estado, abrindo mão dessa mais-valia a que deu causa, estaria dispensando tratamento diferenciado aos beneficiados pela obra pública, o que fere o princípio da

isonomia¹³. Analisaremos esse princípio mais adiante.

Efetuada essa consideração sobre o dispositivo constitucional que introduz em nosso ordenamento jurídico o tributo objeto deste estudo, passemos agora a examinar a natureza jurídica da contribuição de melhoria, de acordo com o Código Tributário Nacional.

2. Natureza jurídica da Contribuição de Melhoria

Segundo Machado¹⁴, definir a natureza jurídica de uma coisa é dizer qual o regime jurídico que se lhe aplica. Portanto, antes de adentrarmos nos aspectos jurídicos da contribuição de melhoria é preciso definir o que ela é, comparando-a com as demais espécies tributárias, para posteriormente estudarmos o regime jurídico a que se submete.

2.1 Conceito de tributo utilizado pelo Código Tributário Nacional

O Código Tributário Nacional (CTN - Lei nº 5.172, de 25/10/1966) foi recepcionado pela Carta Política vigente com status de lei complementar, regulando o sistema tributário nacional e dispondo sobre as normas gerais de direito tributário aplicáveis aos três níveis de governo.¹⁵

O art. 3º do CTN nos traz a definição de tributo. Reza referido dispositivo que: “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda cujo valor se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Vejamos os elementos que constituem o conceito acima transcrito:

a) *Toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou em cujo valor se possa exprimir.*

O legislador faz alusão a um comportamento obrigatório de prestação em dinheiro, de modo a assegurar ao Estado os meios financeiros de que necessita para a consecução de seus objetivos. A prestação se dá em dinheiro e independe da vontade do sujeito passivo, pois se trata de imposição do Estado. Basta que ocorra o fato, tal qual hipoteticamente descrito na norma, para que se estabeleça a relação jurídico-tributária entre o Fisco e o contribuinte.

b) *Que não constitua sanção de ato ilícito.*

O fato que dá origem à obrigação tributária deve ser lícito. O tributo se distingue da penalidade justamente porque esta tem como hipótese de incidência um ato ilícito. Fosse o ilícito a base da hipótese de incidência, não estaríamos falando de tributo, mas sim de penalidade.

c) *Instituída em lei.*

“Instituir” tributo significa criá-lo in abstracto, isto é, descrevê-lo em todos os seus aspectos (hipótese de incidência, sujeitos ativo e passivo, base de cálculo e alíquota). Trata-se do princípio constitucional da legalidade, inserido no art. 5º, II, da CF. Reza este artigo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão

em virtude de lei". No art. 150, I, do capítulo destinado ao Sistema Tributário Nacional, tornou o constituinte a tocar no assunto ao vedar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (princípio da estrita legalidade). Em suma, só a lei pode criar tributo.

d) E cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O verbo utilizado cobrar tem sentido muito mais amplo do que uma rápida exegese pode depreender. A cobrança mencionada pelo legislador abrange tanto o lançamento tributário – através do qual se reconhece a ocorrência de um fato imponible, se identificam os sujeitos passivo e ativo e se determina o quantum debeat – quanto os atos regulamentares que dispõem sobre o procedimento de notificação, de recolhimento, enfim, toda atividade tendente a fiscalizar, exigir e arrecadar tributos¹⁹.

Sobre a expressão atividade administrativa plenamente vinculada, ensina-nos Hugo de Brito que "atividade vinculada é aquela cujo desempenho a autoridade administrativa não goza de liberdade para apreciar a conveniência nem a oportunidade de agir. A lei não estabelece apenas um fim a ser alcançado, a forma a ser observada e a competência da autoridade para agir. Estabelece, além disso, o momento, vale dizer, o quando agir, e o conteúdo mesmo da atividade. Não deixa margem à apreciação da autoridade, que fica inteiramente vinculada ao comando legal"²⁰. Desta forma, temos que nada fica a critério da autoridade administrativa, pelo contrário, esta deve atender objetiva e especificamente a todos os ditames da lei tributária.

Diante do exposto, não restam dúvidas de que a contribuição de melhoria é uma espécie do gênero tributo. É necessário agora que estabeleçamos as diferenças entre o instituto e as demais espécies tributárias, para em seguida adentrarmos em suas peculiaridades.

2.2 Espécies de tributo

O art. 5º do CTN indica como espécies do gênero tributo os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. O art. 217 do mesmo Código estabeleceu que as disposições do Código não excluem a incidência e exigibilidade das chamadas contribuições especiais, as quais ganharam espaço na Constituição vigente em seu art. 149. Há quem diga que se trata de uma quarta espécie tributária. Por fim, o art. 148 de nossa Carta Política houve por bem instituir uma suposta quinta espécie de tributo, denominada *empréstimo compulsório*.

A nosso ver, e diante dos objetivos do presente trabalho, interessa apenas que examinemos as três primeiras espécies tributárias citadas, quais sejam: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Isso porque as *contribuições especiais* são tributos (impostos ou taxas) qualificados por sua finalidade, e os empréstimos compulsórios são tributos (impostos ou taxas) restituíveis²¹, o que definitivamente

foge do escopo deste estudo.

Façamos, portanto, uma breve análise das três espécies tributárias acima referidas.

2.2.1 Impostos

O art. 16 do CTN nos traz a definição de imposto. Reza o artigo: "Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte." O imposto é, portanto, uma exação não vinculada, isto é, independente de atividade estatal específica²².

Desta forma, podemos afirmar que o fato gerador do imposto nada tem a ver com uma atividade estatal específica ao contribuinte. Em outras palavras, o Estado cobrará imposto sem assegurar aos contribuintes qualquer contraprestação em retribuição²³.

2.2.2 Taxas

Nos moldes do art. 77 do CTN, taxa é o tributo que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. É, portanto, um tributo diretamente vinculado à atuação estatal. A hipótese de incidência das taxas, desta forma, só pode consistir em um desses dois fatos, quais sejam: I – o exercício regular do poder de polícia; e II – a prestação de serviço público, bastando a prestação da atividade estatal para que haja tributação.

2.2.3 Contribuição de Melhoria

O Código Tributário Nacional traz em seu art. 81 o conceito de contribuição de melhoria. Vejamos a redação do dispositivo:

Art. 81. A contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

De acordo com o texto legal transcrito, entendemos que a contribuição de melhoria pode-se definir como sendo o tributo cuja obrigação tem como fato gerador a valorização de imóveis decorrente de obras públicas. Trata-se, na verdade, de serviço público inespecífico e indivisível, pois não é prestado para determinadas pessoas, mas para a coletividade, visando proporcionar um benefício para certa coletividade.

Além disso, conforme já pudemos ver, a obrigação tributária não decorre diretamente da obra pública, mas de seu efeito incidental que é a valorização imobiliária.

2.2.4 Síntese conclusiva

Segundo o acima narrado, podemos concluir que os

tributos se classificam em duas espécies: impostos (exações *não vinculadas* a uma atuação estatal) e tributos *vinculados* à ação concreta do Estado (taxas e contribuições de melhoria)²⁴. Assim, a contribuição de melhoria distingue-se do imposto porque enquanto este não tem vínculo com nenhuma atividade estatal, aquela depende, ainda que indiretamente, de atividade estatal específica, qual seja a *execução de obra pública*.

Além disso, podemos depreender que a contribuição de melhoria e as taxas são tributos *vinculados* mas que não se confundem, já que divergem quanto à atividade estatal: enquanto taxa está diretamente ligada ao exercício regular do poder de polícia, ou a serviço público, a contribuição de melhoria depende da realização de obra pública, da qual resulte valorização imobiliária.

Em suma, feita essa breve análise, podemos afirmar que a contribuição de melhoria é espécie autônoma do gênero tributo, já que possui todas as notas essenciais do conceito desse instituto jurídico e características específicas que a diferenciam das demais espécies. Sendo tributo, vejamos sucintamente os princípios constitucionais tributários de maior importância atinentes à contribuição de melhoria.

3. A regra-matriz de incidência tributária

É sabido que as normas jurídicas que determinam regras de conduta possuem a estrutura lógica “se *p*, então *q*”. Como pudemos ver, do princípio da legalidade decorre a necessidade de a norma tributária apresentar a descrição hipotética de um fato jurídico (jurídico porque dele decorrem efeitos de direito) que pode ocorrer no mundo fenomênico em tempo e espaço determinados. Ocorrendo, então, no mundo real o fato tal como descrito na norma (hipótese normativa), temos que ocorreu a *subsunção*, isto é, a concretização do laço abstrato pelo qual o sujeito ativo (Fisco) torna-se titular do direito subjetivo público de exigir a prestação, a ser cumprida pelo sujeito passivo (contribuinte)²⁶.

Dessa forma, conforme Rodrigues, “na hipótese normativa temos a determinação da matéria sobre a qual a norma dispõe, que constitui o critério material. Temos também a indicação do momento em que se considera caracterizado o fato, o que corresponde ao critério temporal; e, finalmente, a determinação do lugar onde tal fato pode ocorrer, correspondente ao critério espacial.”²⁷ Além disso, devem ser encontrados na norma os aspectos pessoal (descrição dos sujeitos) e quantitativo (base de cálculo e alíquota).

Analisaremos, portanto, cada um desses elementos que compõe a regra-matriz de incidência da contribuição de melhoria.

3.1 Critério material

Como observado acima, o critério material é o núcleo da hipótese de incidência do tributo, já que cuida da matéria sobre a qual a norma dispõe. Aires F. Barreto, em importante trabalho sobre o tema, nos ensina afirmando que “o aspecto material da hipótese de incidência enfeixa a valori-

zação imobiliária que tenha por causa a realização de obra pública. O elemento essencial da contribuição de melhoria – qualquer que seja o ângulo de enfoque – é a valorização imobiliária decorrente de obra pública.” (destacamos).

De se ressaltar a ressalva feita pelo mesmo autor, ao afirmar que “se tivermos como hipótese de incidência apenas e tão-somente a valorização, teremos erigido um fato lícito alheio à atividade estatal, por isso hipótese de imposto. Por outro lado, já se viu que a atuação estatal, de per si, é substrato de eleição de taxa”. (...) “Só a conjugação dos dois termos é que dá origem à criação da contribuição de melhoria.” Portanto, de acordo com o ilustre mestre, temos para nós que o aspecto material da hipótese de incidência da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária decorrente de obra pública.

3.2 Critério espacial

Para o critério espacial a norma determina o local onde possa ocorrer o fato jurídico tributário. No caso da contribuição de melhoria, todos os imóveis que venham a ser positivamente afetados pela execução de obra pública estão sujeitos ao ônus tributário. Em outras palavras, a lei deverá delimitar essa zona de influência, isto é, toda a área que apresentar valorização imobiliária decorrente da obra pública e que deverá ser tributada por contribuição de melhoria, na pessoa dos proprietários dos imóveis lá existentes.

3.3 Critério temporal

O critério temporal da hipótese de incidência do tributo tem a função de indicar quando o fato jurídico se tem por ocorrido, desatando assim o nascimento da obrigação jurídico-tributária entre os sujeitos.

Na contribuição de melhoria este momento será sempre o da ocorrência da valorização imobiliária causada pela obra pública, pois somente então poder-se-á falar em melhoria. Desta forma, a lei instituidora do tributo deve ser anterior à conclusão da obra pública, e a cobrança posterior à sua conclusão e conseqüente verificação da valorização imobiliária.

3.4 Aspecto pessoal

O sujeito ativo – credor da obrigação tributária – é, em matéria de contribuição de melhoria, o ente político responsável pela execução da obra pública da qual decorreu a valorização imobiliária. Portanto, só podem figurar no polo ativo a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município (art. 81 do CTN e art. 145, III, da CF/88).

Em relação ao outro polo da relação obrigacional, já sabemos, figura o proprietário do imóvel valorizado pela execução da obra pública. Urge aqui destacar que, conforme já foi visto, não é o local da obra que determinará a competência para a instituição e cobrança do tributo, mas a Administração responsável pela execução da obra pública.

3.5 Aspecto quantitativo

3.5.1 Base de cálculo

A base de cálculo, segundo Ataliba, é a “perspectiva dimensível do aspecto material da hipótese de incidência”³¹, que vai nos possibilitar uma mensuração do fato descrito pelo aspecto material do antecedente normativo. Portanto, deve guardar a devida relação lógica com a materialidade descrita na hipótese de incidência: se a materialidade da contribuição de melhoria consiste em *auferir valorização imobiliária em decorrência de obra pública*, então a base de cálculo deverá necessariamente ser uma medida (em moeda, pois a prestação tributária se dá somente em pecúnia) dessa valorização, sempre tendo como parâmetro o custo total da obra.

Luiz Emygdio ensina que “o poder público não pode adotar como base de cálculo valor superior ao custo da obra (limite total), para não enriquecer sem causa, e nem exceder o valor do benefício acrescido a cada imóvel (limite individual), para que o tributo não tenha efeito confiscatório.”³²

3.5.2 Alíquota

A expressão alíquota vem do latim *aliquot*, e quer dizer *parte*. Dessa forma, a alíquota representa uma parcela, uma porcentagem da base de cálculo. É através da alíquota que a lei deve graduar a porção da base de cálculo que cabe ao Estado, e será por meio desse montante que o contribuinte devolverá ao Poder Público aquilo que este lhe proporcionou de forma indireta, com a execução da obra pública.

Roque A. Carrazza afirma que “em decorrência do princípio da legalidade, tanto a base de cálculo como a alíquota da contribuição de melhoria devem ser fixadas por meio de lei da entidade tributante, isto é, da pessoa política que realizou a obra pública (...)”. Desta forma, a combinação da base de cálculo e da alíquota é que permite a fixação do débito tributário (i.e., o valor do tributo a ser pago) decorrente da subsunção do fato imponible.

Por se tratar de percentual da base de cálculo, a alíquota não poderá ser superior a 100% (cem por cento) do *quantum* da valorização verificada pelo imóvel (base de cálculo da contribuição de melhoria), pois o que lhe exceder implicará abrangência do *valor do imóvel* – base de cálculo do IPTU ou ITR (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana e Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, respectivamente), provocando bitributação. Não obstante, a determinação do débito tributário em matéria de contribuição de melhoria pode não ser tarefa simples. Vejamos.

Sabemos que a cobrança do tributo em questão é limitada globalmente pelo custo da obra (que abrange todas as despesas implicadas na sua realização), pois se trata de instrumento pelo qual o Estado se recompõe dos custos do que gastou, “retirando” a mais-valia que propor-

cionou aos imóveis afetados pela obra executada. Afirmamos também que a arrecadação é limitada individualmente pelo quantum de valorização auferido por cada imóvel por ela afetado, o que pode variar de imóvel para imóvel. Assim, tudo o que se arrecade a título de contribuição de melhoria não pode ultrapassar o custo efetivo da obra pública e será rateado pelos imóveis afetados na medida das respectivas valorizações.

Ocorre que, da execução da obra pública, podem decorrer as seguintes situações: a) não resulte valorização aos imóveis adjacentes, sendo descabida a tributação; b) resulte desvalorização aos imóveis afetados, quando será devida indenização pelo Poder Público aos lesados; c) decorra valorização ínfima, de modo que não se justifiquem os gastos para arrecadação; d) resulte valorização imobiliária inferior ao custo da obra, cobrindo apenas ressarcimento parcial ao Estado, quando a alíquota será equivalente a 100% da base de cálculo; e) ocorra valorização tamanha que a soma das mais-valias individuais seja igual ou superior ao custo efetivo da obra.

A hipótese mencionada na alínea “e” acima merece nossa atenção. No primeiro caso (montante da mais-valia igual ao custo da obra), teremos resultado igual ao mencionado na alínea “d”, isto é, alíquota de 100% (cem por cento). Já na segunda hipótese (valorização superior ao custo), temos que o contribuinte terminará por reter para si parte da valorização que o Estado indiretamente lhe propiciou, já que (i) sua obrigação tributária é limitada pelo montante da mais-valia auferida, e (ii) o Estado não pode arrecadar valor superior ao custo incorrido, em virtude do limite global da cobrança.

Em outras palavras, como a valorização auferida foi superior ao montante da exigência por via de contribuição de melhoria, a valorização excedente permanece incorporada ao patrimônio do contribuinte, devendo, portanto, ser computada na base de cálculo do IPTU ou ITR retromencionados.

4. Requisitos para a cobrança da Contribuição de Melhoria – O Decreto-Lei nº 195/67

O legislador infraconstitucional pretendeu regulamentar a instituição e cobrança da contribuição de melhoria com o advento do Decreto-Lei nº 195, de 24 de fevereiro de 1967. Vejamos rapidamente suas principais disposições.

O art. 5º do Decreto 195/67, ao regulamentar o art. 82 do CTN, exige que, para a cobrança da contribuição de melhoria, a Administração competente deverá publicar edital que contenha, entre outros, os seguintes elementos: “a) delimitação das áreas direta e indiretamente beneficiadas e a relação dos imóveis nelas compreendidos; b) memorial descritivo do projeto; c) orçamento total ou parcial do custo das obras; e d) determinação da parcela do custo das obras a ser ressarcida pela contribuição, com o correspondente plano de rateio entre os imóveis beneficiados”.

O Decreto em comento dispõe em seu art. 6º que os

proprietários dos imóveis beneficiados pela obra pública terão o prazo de 30 dias, contados da publicação do edital, para, querendo, apresentarem impugnação a qualquer dos elementos nele constantes. O artigo seguinte indica a Administração responsável pela obra como destinatária da petição.

Interessante também o cuidado do legislador em dispor, no art. 8º do Decreto, que a responsabilidade pelo pagamento da contribuição de melhoria se transmite aos adquirentes e sucessores, a qualquer título, do domínio do imóvel, e indica ainda o enfiteuta como responsável pela obrigação, em caso de enfiteuse. O instrumento normativo em comento abriu espaço à cobrança da contribuição de melhoria antes mesmo da conclusão da obra pública, no art. 9º. Vejamos o texto:

Art. 9º. Executada a obra de melhoria na sua totalidade ou em parte suficiente para beneficiar determinados imóveis, de modo a justificar o início da cobrança da Contribuição de Melhoria, proceder-se-á ao lançamento referente a esses imóveis depois de publicado o respectivo demonstrativo de custos.

Sob uma primeira exegese, tal comando pode nos parecer contraditório com os fundamentos do tributo por nós já estudados. Mas entendemos que o intuito do legislador foi o de autorizar a instituição da contribuição de melhoria aos proprietários dos imóveis que, mesmo antes de concluída a obra pública, já apresentarem a mais-valia imobiliária por ela ocasionada, pois esta é, de acordo com o art. 1º do Decreto, o fato gerador do tributo. Assim, tendo ocorrido a subsunção do fato imponible, nasce a obrigação tributária a esses determinados particulares, que deverão adimplir a prestação mesmo antes de concluída a obra. Nesse sentido, temos:

CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. COBRANÇA. OPORTUNIDADE. Contribuição de melhoria – Obras do sistema de esgoto insular de Florianópolis. Violação ao princípio da anualidade. Arts. 145, III, e 150, III, b, da CF/88 – Tributo por natureza somente exigível após a conclusão da obra. Remessa desprovida... A contribuição de melhoria só comporta lançamento após a execução da obra. *Excepcionalmente poderá ser cobrada quando já concluída parcialmente e em relação aos imóveis por ela valorizados. (Destacamos.)*

Logo, para a cobrança da contribuição de melhoria aos contribuintes que houverem auferido valorização imobiliária antes da conclusão da obra, serão utilizados como parâmetros para a cobrança o (i) valor parcial da obra pública e (ii) a mais-valia verificada pelos imóveis já afetados pela parcela concluída da obra.

Além dessas disposições, o art. 10 do Decreto traz as formalidades para o lançamento da contribuição de melhoria. Vejamos a redação do dispositivo:

Art 10. O órgão encarregado do lançamento deverá escriturar, em registro próprio, o débito da Contribuição de Melhoria correspondente a cada imóvel, notificando o

proprietário, diretamente ou por edital, do:

I - valor da Contribuição de Melhoria lançada;

II - prazo para o seu pagamento, suas prestações e vencimentos;

III - prazo para a impugnação;

IV - local do pagamento.

Parágrafo único. Dentro do prazo que lhe for concedido na notificação do lançamento, que não será inferior a 30 (trinta) dias, o contribuinte poderá reclamar, ao órgão lançador, contra:

I - o erro na localização e dimensões do imóvel;

II - o cálculo dos índices atribuídos;

III - o valor da contribuição;

IV - o número de prestações.

De se notar a previsão do dispositivo acima, relativa ao pagamento em prestações que, segundo o art. 12 do Decreto, serão anuais e não poderão exceder a 3% (três por cento) do maior valor fiscal do imóvel, atualizado à época da cobrança.

Além disso, o art. 12 também traz outras disposições importantes em seus parágrafos, como por exemplo a previsão de descontos para pagamento à vista, ou em prazos menores ao lançado (§ 1º); multa de 12% (doze por cento) ao ano no caso de atraso no pagamento da parcela (§ 3º); a possibilidade de o contribuinte liquidar o débito com títulos da dívida pública, emitidos especialmente para o financiamento da obra (§ 4º); e a possibilidade de a União delegar, por meio de convênio, aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios as atividades de lançamento e arrecadação do tributo devido por obra pública federal (§ 6º). Por fim, cumpre-nos comentar o disposto no art. 17 do Decreto. O texto legal assim discorre:

“Art. 17. Para efeito do impôsto sobre a renda, devido, sobre a valorização imobiliária resultante de obra pública, deduzir-se-á a importância que o contribuinte houver pago, a título de Contribuição de Melhorias.”

Com essa previsão, o legislador sabiamente exclui da base de cálculo do imposto sobre a renda o montante correspondente à contribuição de melhoria, evitando, assim, a hipótese de bitributação.

5. Conclusões

A contribuição de melhoria foi inserida pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1934, seguindo a linha dos institutos presentes de longa data nos ordenamentos estrangeiros. A partir de então, todas as Constituições posteriores, exceção feita somente à de 1937, mantiveram-na no plano constitucional.

Entretanto, apesar de a redação do dispositivo

constitucional ter passado por sucessivas e diversas modificações, o tributo manteve sua substância, com seus elementos restando implícita ou explicitamente nos textos constitucionais até a promulgação da Carta Magna vigente. Esta, mesmo havendo tratado o tributo de forma bastante sucinta, houve por bem manter a sua essência, qual seja a de um tributo que tem como fato impositivo a valorização imobiliária causada pela execução de obra pública.

O inciso III do art. 145 da CF/88 assim dispôs: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir (...) contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas”. Apesar da brevidade do texto constitucional, entendemos que a contribuição de melhoria é um tributo indiretamente vinculado a uma atuação estatal (consistente na execução de obra pública), que tem por hipótese de incidência a mais-valia verificada pelos proprietários dos imóveis por ela afetados, e cuja base de cálculo não pode exceder nem o custo total da obra pública realizada, nem o quantum daquela valorização (limites global e individual, respectivamente). Desta forma, mesmo não constando no texto constitucional em vigor, acreditamos que essas limitações à cobrança do tributo ainda devem ser observadas, pois são conceitos intrínsecos ao instituto.

A simplicidade adotada pelo constituinte de 1988 efetivamente provocou nos estudiosos indagações a respeito dos elementos do tributo. Não obstante, temos para nós que: (i) a obra pública é condição necessária, porém não suficiente à tributação por contribuição de melhoria. Deve haver o seu efeito incidental, qual seja a ocorrência de valorização imobiliária; (ii) o efeito da obra pública nos imóveis adjacentes deve ser positivo, caso contrário incumbirá ao Poder Público indenizar os lesados pela sua atividade; e (iii) a cobrança da contribuição de melhoria não é faculdade, mas um dever do Estado, com vistas a não caracterizar ofensa ao princípio da isonomia.

O Código Tributário Nacional, que foi recepcionado pela Constituição de 1988, por outro lado cuidou de disciplinar o tributo com mais clareza e riqueza de detalhes, não deixando margem a esse tipo de questionamento. Através do estudo de suas disposições, tendo sempre o Texto Maior como base e referência, foi possível concluir que a contribuição de melhoria é espécie tributária autônoma, que não se confunde com os impostos e as taxas, pois aqueles são tributos desvinculados de qualquer atividade estatal, e as últimas vinculam-se diretamente ao *exercício regular do poder de polícia*, ou a *serviço público*, enquanto a contribuição de melhoria é vinculada à execução de obra pública, da qual decorra valorização imobiliária aos imóveis adjacentes.

Além disso, obtivemos a descrição de seu arquétipo genérico, sua regra-matriz de incidência, quando verificamos que: a) o critério material do tributo é a *mais-valia ocasionada pela execução de obra pública*; b) o seu critério espacial é a chamada *zona de influência*, isto é, toda a área que possa vir a ser afetada positivamente pela obra pública; e c) o critério temporal será sempre o momento da ocorrência da valorização imobiliária, em decorrência direta da

obra pública. Na sequência, aprendemos que os sujeitos da obrigação tributária são, no polo ativo, a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, e no polo passivo o proprietário do bem imóvel afetado positivamente pela obra pública (aspecto pessoal).

Por fim, verificamos que a base de cálculo do tributo resume-se ao montante de valorização auferido pelos imóveis afetados pela obra pública, e que a alíquota a ser aplicada nunca será superior a 100% (cem por cento) daquele benefício, caso contrário implicaria abrangência do valor do imóvel, que é hipótese de incidência de IPTU ou ITR, tributos estes com fatos geradores distintos do tributo de contribuição de melhoria.

Isso porque, de acordo com os limites à tributação estudados (limites global e individual), o Estado não pode recuperar mais do que gastou na execução da obra pública, ainda que esse valor seja inferior ao da mais-valia ocasionada ao imóvel. Se o valor desse benefício for superior ao gasto estatal incorrido, o valor a ser recuperado pelo Estado será limitado àquele gasto, sendo o excedente retido pelo contribuinte. Essa retenção, porém, não implicará benefício, visto que passará a integrar o valor venal do imóvel, sendo tributado pelo IPTU ou pelo ITR.

Em se tratando de tributo, a contribuição de melhoria logicamente merece a guarda dos princípios constitucionais tributários inseridos em nosso ordenamento, especialmente o princípio da estrita legalidade, o princípio da isonomia, e os princípios da proporcionalidade e capacidade contributiva. Este último, contudo, não serve para configuração do fato impositivo da contribuição de melhoria – já que o faz em relação aos impostos –, mas sim para determinação de eventuais isenções. Depois de todas essas reflexões, abordamos o Decreto-Lei nº 195/67, objetivando analisar as características práticas do tributo, quais sejam as exigências relativas à sua instituição, lançamento e cobrança.

Assim sendo, pode-se depreender do art. 5º do Decreto que, para a cobrança da contribuição de melhoria, faz-se necessário que a Administração responsável pela obra pública publique edital contendo (i) delimitação das áreas direta e indiretamente beneficiadas e a relação dos imóveis nelas compreendidos; (ii) memorial descritivo do projeto; (iii) orçamento total ou parcial do custo das obras; e (iv) determinação da parcela do custo das obras a ser ressarcida pela contribuição, com o correspondente plano de rateio entre os imóveis beneficiados.

E, de acordo com o art. 10, da cobrança deverá constar o débito da Contribuição de Melhoria correspondente a cada imóvel, e a notificação ao proprietário se dará diretamente ou por edital, dispondo sobre: a) valor da Contribuição de Melhoria lançada; b) prazo para o seu pagamento, suas prestações e vencimentos; c) prazo para a impugnação; e d) local do pagamento. Ademais, o Decreto faculta ao contribuinte a apresentação de impugnação, no prazo de

30 dias, aos elementos constantes do edital da obra ou da notificação da cobrança.

Podemos afirmar, portanto, que a contribuição de melhoria é, ao lado dos impostos e das taxas, um instituto fiscal de suma importância para a atividade arrecadatória do Estado, já que seus traços característicos estão claramente delineados tanto em âmbito constitucional como em nível infraconstitucional, bastando apenas o interesse dos entes políticos para a efetiva aplicação.

5. Conclusões

ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 13. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. Os limites da Contribuição de Melhoria. Revista Dialética de Direito Tributário. nº 21, São Paulo: RT, 1997.

MACHADO, Hugo de Brito. Mandado de Segurança em matéria tributária. 2. ed. São Paulo, RT, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). Comentários ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Priscilla Figueiredo da Cunha. Contribuição de Melhoria. 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TORRES, Ricardo Lôbo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

1. RODRIGUES, Priscilla F. da Cunha. Contribuição de Melhoria. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 27.

2. BALEIRO, Aliomar. Direito Tributário brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 573.

3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 603.

4. RODRIGUES, Priscilla F. da Cunha. Ob. cit., p. 48.

5. CARRAZZA, Roque A. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 329.

6. BALEIRO, Aliomar. Ob. cit., p. 359.

7. Conforme dispõe o § 6º do art. 37, da CF/88.

8. RODRIGUES, Priscilla F. da Cunha. Contribuição de Melhoria. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 119s.

9. Ob. cit., p. 52.

10. MACHADO, Hugo de Brito. Os limites da Contribuição de Melhoria. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 21, 1997, p. 60/65.

11. TORRES, Ricardo Lôbo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 337s.

12. CARRAZZA, Roque. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, p. 288.

13. Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra O conteúdo jurídico do princípio da igualdade (3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002) esclarece que, não havendo razão lógica para um tratamento diferenciado a determinados indivíduos (discriminando-se para favorecer ou desfavorecer), haverá, fatalmente, violação à isonomia.

14. MACHADO, Hugo de Brito. Mandado de Segurança em matéria tributária. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, p. 47.

15. SOUZA, Hamilton Dias de. In: Comentários ao Código Tributário Nacional. Coord.: MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 1.

16. MACHADO, Hugo de Brito. In: Comentários ao Código Tributário Nacional. Coord.: MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 24.

17. Ob. cit., p. 26.

18. Roque Carrazza observa que "a Constituição Federal, no Brasil, é a lei tributária fundamental, por conter as diretrizes básicas aplicáveis a todos os tributos. (...) A Constituição Brasileira não criou tributos, mas, apenas, discriminou competências para que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio de lei, venham a fazê-lo." (Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, p. 287-294).

19. RODRIGUES, Priscilla F. da Cunha. Ob. cit., p. 67s.

20. MACHADO, Hugo de Brito. In: Comentários ao Código Tributário Nacional. Ob. cit., p. 28s.

21. CARRAZZA, Roque. Ob. cit., p. 353.

22. MACHADO, Hugo de Brito. Ob. cit., p. 32.

23. Aliomar Baleiro (Direito Tributário Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 177) define o imposto como "prestação de dinheiro que, para fins de interesse coletivo, uma pessoa jurídica de Direito Público, por lei, exige coativamente de quantos lhe estão sujeitos e têm capacidade contributiva, sem que lhes assegure qualquer vantagem ou serviço específico em retribuição desse pagamento."

24. Classificação jurídica de Geraldo Ataliba (Hipótese de incidência tributária. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002).

25. MACHADO, Hugo de Brito. In: Comentários ao Código Tributário Nacional. Coord.: MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 32s.

26. BECKER, Alfredo Augusto apud CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 158.

27. *Ob. cit.*, p. 121.

28. BARRETO, F. Aires. In: *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Coord.: MARTINS, Ives Gandra da Silva. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 581.

29. *Ob. cit.*

30. Dispõe o § 1º do art. 8º do Decreto-Lei nº 195/67: "No caso de enfiteuse, responde pela Contribuição de Melhoria o enfiteuta". Além disso, "com esteio no princípio da capacidade contributiva (CF, art. 145, §1º) poderão ser erigidos como contribuintes, além do proprietário, o titular do domínio útil, o usufrutuário e o compromissário-comprador imitado na posse."; cf. BARRETO, F. Aires. *Ob. cit.*, p. 589.

31. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 96.

32. *Op. cit.*, p. 437s.

33. *Op. cit.*, p. 330.

34. RODRIGUES, Priscila F. da Cunha. *Contribuição de Melhoria*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 131.

35. *Ob. cit.*, p. 133s.

36. TJSC, 4ª Câmara, AMS 5.379, rel. Des. Alcides Aguiar, DJSC, 6-6-1995, p. 60.

RESPONSABILIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FRENTE AOS CONSUMIDORES

Ana Karina Ciríaco Fragoso

Auditora Fiscal do Tesouro Estadual do RN. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE. Pós-Graduada em Direito Público pelo ATF Cursos Jurídicos em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau-PE.

1. Introdução

Analisar os serviços públicos é sempre uma tarefa relevante do ponto de vista social, uma vez que eles se prestam a atender necessidades coletivas. Mais importante, então, que se analise a qualidade dos serviços que são prestados pelos delegatários dos serviços públicos, em face da constatação de que são particulares fazendo as vezes do poder público. Nesse caso, mostra-se imprescindível a proposição de mecanismos eficazes para que o poder concedente fiscalize de maneira efetiva seus delegatários.

2. Serviços Públicos

Os serviços públicos são uma das mais importantes atividades desenvolvidas pelo Estado. Através deles o Estado se mostra como um colaborador da coletividade, no seu objetivo de ter uma melhor qualidade de vida. Maria Sylvia di Pietro diz que:

*serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.*¹

Entretanto, os interesses da coletividade, além de serem muito diversos, variam ao longo do tempo e do lugar. Tem-se que os serviços públicos devem acompanhar tal dinâmica, devendo o Estado ter a sensibilidade de perceber as necessidades coletivas e prestar os serviços que lhe sejam adequados. Não obstante, os serviços públicos devem observar alguns princípios, além, obviamente, daqueles que devem ser observados de forma geral pela Administração Pública, quais sejam: o princípio da generalidade, em razão do qual os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, beneficiando o maior número possível de pessoas; o princípio da continuidade, que pres-

creve que os serviços públicos devem ser contínuos, devendo-se evitar sobremaneira paralisações, afinal serviços públicos, em regra, são essenciais; princípio da modicidade, que determina que os preços devem ser remunerados por um valor que possa ser pago pelo maior número possível de indivíduos, justamente, para que o princípio da generalidade seja atendido; princípio da eficiência, que preconiza que o Poder Público deve prestar o serviço de uma forma célere, utilizando-se de processos técnicos atualizados, prestando serviços adequados ao consumidor.

A prestação de serviço público deve observar o modelo de repartição de competência administrativa estabelecida na Constituição Federal, uma vez que há serviços de competência federal, estadual, distrital e municipal. Sendo que alguns desses serviços podem ser prestados por mais de um ente da federação, são os serviços comuns, e outros só podem ser prestados por determinado ente federativo, são os serviços privativos.

Mas, o Poder público pode, ainda, prestar o serviço público diretamente, através de seus próprios órgãos ou agentes, ou prestá-los por meio da administração indireta, mediante o instrumento da delegação legal. Por fim, tem-se o que chamamos de delegação negocial, que corresponde a prestação do serviço através de seus delegatários, que são pessoas da iniciativa privada executando serviços públicos.

Quando ocorre a delegação negocial, diz-se que o Estado continua a ter a titularidade do serviço público, transferindo ao particular apenas a sua execução. Então, normas de direito público estão necessariamente presentes na relação entre o Estado e seus delegatários, dentre elas, pode-se citar a prestação de contas e a fiscalização do serviço. Afinal, o delegatário está fazendo, frente ao destinatário do serviço, as vezes do Poder Público.²

É certo que a execução do serviço delegado vai ser realizada por um particular, mas ao consumidor final desse serviço, isso é irrelevante, pois o titular daquele serviço público é o ente federativo, e se a ele foi conveniente a delegação, o controle dessa execução se faz imperiosa. O controle é dever essencial à pessoa detentora da titularidade do serviço.

3. Concessão

Como visto, o Poder Público através da delegação negocial transfere a execução do serviço através de negócio jurídico com predomínio de regras de direito público. É na delegação negocial que se enquadra a concessão e a permissão de serviços públicos.

Em razão da delegação negocial é que foram criadas entidades da administração indireta, que tem como função precípua exercer o controle sobre concessionárias e permissionárias, para que elas prestem serviços públicos, atendendo aos princípios que devem ser observados pelo próprio Estado, quando os executa diretamente. Essas entidades são as agências reguladoras ou governamentais, que nada mais são que autarquias cuja missão é o controle e a fiscalização de pessoas privadas prestadoras de serviço público e executoras de atividades econômicas.

Com o processo de delegação negocial o Poder Público transfere ao particular a possibilidade de desempenhar atividades que são, em regra, muito atraentes à iniciativa privada. Afinal, não sem motivos fortes se dispôs a participar de um processo complexo e enfadonho, como o é o procedimento licitatório. Assim, depois de escolhido, o particular passa a ter acesso a fatias significativas de determinado mercado, podendo ser-lhe muito tentador, por exemplo, uma preponderância no mercado, ou mesmo, um excesso de lucratividade em seu negócio. Importante, pois, destacar que, o que aqui se chamou até agora de serviço público, é para a empresa privada, uma oportunidade de lucros, o que se faz plenamente legítimo no âmbito não estatal. Devendo, portanto, o Poder Público estabelecer parâmetros objetivos de controle da qualidade do serviço prestado, verificando sua real adequação aos seus consumidores. Afinal, mais uma vez deve ser dito, a titularidade do serviço público continua com o poder público, e diante do consumidor, o concessionário ou delegatário representa o próprio Poder Público.

A concessão de serviços públicos se classifica em concessões comuns e especiais. A concessão comum se dá de duas formas: concessão de serviço público precedida da execução de obra pública e a concessão de serviço público simples. Aqui toma-se como foco o modelo de concessão simples.

A concessão comum é delegação de execução do serviço público, precedida de licitação na modalidade concorrência, à pessoa jurídica privada ou a consórcio de empresas, sendo regulada pela lei 8987/95. Na concessão de serviços públicos, várias relações jurídicas se estabelecem. Há relação jurídica entre o Poder Público concedente e o delegatário, entre o delegatário e o usuário e entre o Poder concedente e o usuário, visto serem titular do serviço e usuário, respectivamente. Diz Caio Tácito: "Na concessão de serviço público há situações jurídicas sucessivas, que lhe imprimem um caráter triangular."³

O contrato de concessão tem algumas características, como ser precedido de licitação na modalidade concorrência, ser bilateral, pois gera obrigações para ambas as partes, comutativo em razão de possuírem obrigações prévias e equivalentes, *intuitu personae*, pois o concessionário não pode ceder suas obrigações sem autorização do Poder concedente, e é formal, em razão de ser necessária a formalização das vontades pactuantes através de contrato escrito, e por prazo determinado. Ao se realizar o pacto, o Poder Público se reveste de seu poder de império, de

modo a se estabelecer uma posição de supremacia do ente público em relação ao particular. Com isso, faz-se mister a presença de cláusulas exorbitantes, que privilegiam o poder concedente, em razão, sempre, do predomínio do interesse público sobre o privado.⁴

O poder concedente é, em regra, um ente federativo, ou seja, União, estados, distrito federal e municípios. Entretanto, pode a lei delegar a celebração de contrato de concessão a agências reguladoras. Então, tais agências passam a figurar como poder concedente. É o que ocorre com a ANEEL, Agência Nacional de Energia Elétrica, que recebeu a delegação da Lei 9427/96 e com a ANATEL, autorizada pela lei 9472/97 a figurar como poder concedente.

4. Contextualizando as agências

As agências são instituições previstas no direito norte-americano que abrangem todas as autoridades públicas, excluindo apenas, os três poderes do Estado. Elas exercem funções quase legislativas, pois editam normas a serem observadas pelo setor regulado e funções quase judiciais, uma vez que resolvem conflitos relativos a sua área de atuação. Diz-se que o direito administrativo norte-americano é o direito das agências. Essa instituição foi importada pelo direito brasileiro em razão do movimento de globalização.⁵

As agências reguladoras surgem no cenário brasileiro a partir do momento em que o Estado passa a adotar um conceito de Estado gerencial em que se busca um aparelhamento eficiente em contraponto ao Estado burocrático e centralizador. Essa mudança de paradigma foi materializada através da emenda constitucional 19/98.

*A reforma da gestão pública compreende três dimensões: a) uma dimensão institucional-legal, voltada à descentralização da estrutura organizacional do aparelho do Estado através da criação de novos formatos organizacionais, como as agências executivas, regulatórias, e as organizações sociais; b) uma dimensão gestão, definida pela maior autonomia e a introdução de três novas formas de responsabilização dos gestores- a administração por resultados, a competição administrada por excelência, e o controle social- em substituição parcial dos regulamentos rígidos, da supervisão e da auditoria, que caracterizam a administração burocrática; e c) uma dimensão cultural, de mudança de mentalidade, visando passar da desconfiança generalizada que caracteriza a administração burocrática para uma confiança maior, ainda que limitada, própria da administração gerencial.*⁶

O Estado passa a não se mostrar presente materialmente como prestador direto de serviços, fazendo-se presente através de seu poder normativo e fiscalizador. Por isso, dentro desse novo paradigma, passa a ocorrer a proliferação de agências em contraponto ao fenômeno anterior de multiplicação de entes da Administração Indireta do Estado.⁷

5. Papel do concessionário e do concedente

A responsabilidade civil do concessionário decorre da própria Constituição Federal, ao dispor, no art. 37, parágrafo 6º, que as pessoas privadas prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso, no caso de dolo ou culpa, contra o responsável. Então, a responsabilidade civil dos concessionários é objetiva, como se depreende da norma constitucional supracitada.

O concessionário, ao contratar com o poder público, passa a assumir, em relação aos usuários, responsabilidade integral, pois diante do consumidor ele está fazendo o papel que o Estado diretamente poderia fazer, mas não o fez por uma questão de conveniência. Foi o Estado quem escolheu que aquele serviço seria delegado, escolhendo, ainda, mediante procedimento licitatório, o concessionário que melhor prestaria aquele serviço, segundo critérios previamente estabelecidos.

Percebe-se que a responsabilidade integral do concessionário é em relação a execução direta do serviço público, subsistindo, ainda, ao poder concedente a responsabilidade pela fiscalização desses serviços. Imprescindível, portanto, a fiscalização do Poder concedente sobre a qualidade dos serviços prestados.

Como o titular do serviço público continua a ser o ente estatal, tem ele o dever de controlar não só o serviço público, como também o concessionário. O controle do concessionário, de sua estrutura, sua capacidade de execução do serviço público, para o qual foi contratado, sua regularidade econômico-financeira, sua idoneidade, etc, em regra, foi efetuado durante o procedimento licitatório, mas como tais requisitos devem ser mantidos durante toda a execução do contrato, deve o poder concedente manter ainda a fiscalização sobre o concessionário.

Já quanto à regularidade da prestação do serviço a vigilância, deve ser constante e perspicaz, uma vez que a prestação de serviço público é uma atividade dinâmica, que deve ser constantemente atualizada de acordo com a necessidade dos usuários e de acordo com novas técnicas de realização do serviço, atendendo, portanto, ao princípio da eficiência, que deve reger a prestação dos serviços públicos.

Diz ainda o art.6º, parágrafo único, da lei 8987/95 que o serviço adequado é aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Verifica-se, portanto, que esses atributos do serviço público devem ser exigidos pelos usuários e fiscalizados, efetivamente, pelo poder público concedente.

Os usuários de serviço público, além de protegidos por todo o aparato de normas referente aos usuários, são, também, tutelados pelo código de defesa do consumidor, uma vez que o art. 2º da lei 8078/90, ao definir consumidor, engloba no conceito os usuários de serviços públicos. O

aludido artigo dispõe que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. No caso, os usuários de serviços públicos adquirem serviços públicos de uma pessoa jurídica que foi escolhida pelo poder concedente, não tendo ele, usuário, participado do procedimento da escolha.

O Código de Defesa do Consumidor, importa destacar, é lei principiológica, isso quer dizer que ela ingressa no ordenamento jurídico atingindo qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que também esteja regulamentada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, o fato do serviço público estar regulamentado por outros diplomas, também de ordem pública, não afasta a incidência do código consumerista⁸. A partir de agora, faz-se imperioso, denominar o usuário de usuário- consumidor.

Parece claro, por outro lado, que o concessionário se enquadra no conceito de fornecedor expresso no art. 3º do CDC, pois é ele que presta o serviço diretamente. Em relação ao poder concedente, o conceito de fornecedor também é incidente, posto ser ele o titular da prestação de serviço público, podendo ele executá-lo diretamente, quando assim achar conveniente e oportuno. No entanto, prefere delegar a execução à pessoa jurídica privada e se essa pessoa não realiza o serviço de forma adequada e o poder concedente não se mostra capaz de, através de controles administrativos, coibir essa má prestação de serviços públicos, deve o poder concedente ser responsabilizado.

Note que essa responsabilização se dará em decorrência da má prestação do serviço de fiscalização e controle em relação às delegatárias, uma vez que isso reflete diretamente no usuário-consumidor.

É um fato notório que os concessionários de serviço público são campeões de reclamação nos órgãos de defesa do consumidor e nos juizados especiais. Isso demonstra que a fiscalização que o poder concedente, através das agências reguladoras, deve realizar não está sendo efetiva. As sanções que, por ventura, estejam sendo aplicadas pela má prestação do serviço não têm se mostrado inibidoras. Dessa forma, a falta de fiscalização ou controle efetivo gera dois problemas: a má prestação de serviço público e o assobramento do judiciário com ações contra os concessionários. Enfim, é o interesse público violado duplamente.

6. Ação Civil Pública frente à omissão do Poder Concedente.

Grande é o número de usuários- consumidores insatisfeitos com os serviços que lhe são prestados, o que ocasiona um sem número de reclamações. Tais usuários têm que percorrer um verdadeiro calvário, a fim de que suas reclamações sejam ouvidas e atendidas, mesmo que sem a presteza que as normas jurídicas apregoam, inclusive a própria Constituição Federal. Sendo assim, resta a eles a busca pelo Judiciário, a fim de dirimir os referidos conflitos.

Diante dessa constatação, não resta outra alternativa

que não de que as pessoas legitimadas proponham ação civil pública contra a falta de controle efetivo das agências reguladoras em relação aos delegatários de serviços públicos. Afinal, as agências reguladoras também são prestadoras de serviços públicos devendo elas regular, fiscalizar, controlar os delegatários do Poder Público. Tudo isso para que os usuários-consumidores sejam muito bem atendidos. Afinal, o Poder Público delegou a eles, os vencedores de um procedimento licitatório, a prestação de serviços em nome do Estado.

As normas contidas nesses contratos de prestação de serviço devem prever sanções efetivas em se verificando um comportamento contumaz de má prestação de serviço público. Tais sanções podem ser graduadas de forma a fazer com que os delegatários se sintam realmente fiscalizados pelo poder concedente, podendo variar, por exemplo, da simples advertências até mesmo a caducidade do contrato de concessão, sanção que implica o desfazimento do contrato por iniciativa do poder concedente.

Por oportuno, frise-se que o maior interesse da coletividade é receber o serviço bem prestado, e não o ressarcimento em razão de sua má prestação, e, às vezes, até mesmo de sua não prestação. Inclusive ao Estado não se mostra interessante que sejam ajuizadas centenas de milhares de ações em uma máquina judiciária já tão sobrecarregada, para que sejam ressarcidos esses usuários-consumidores. Em última análise, como é o Estado o titular do serviço público, isso significa o Estado agindo contra o Estado. Eis a consagração de um modelo autofágico.

Então o que se propõe é que seja buscada a tutela específica ao recebimento de um serviço público adequado, ou seja, o próprio bem a que se tem direito. Diante dessa necessidade, a ação civil pública se mostra um instrumento hábil, por ser adequada a realizar a tutela específica de direitos coletivos.

A ação civil pública, como se sabe, é ação que visa a defender direitos coletivos e difusos. É ação prevista na Constituição Federal, no seu art.129, inciso III, sendo regulada pela lei 7.347/85. Já a conceituação do que seja direitos coletivos e difusos não é encontrada na lei de ação civil pública, mas sim no art. 81 da lei 8078/90, o nosso Código de Defesa do Consumidor. Vê-se, portanto, que os dois diplomas mantém estreita relação. Inclusive, o CDC faz expressa menção à lei de ação civil pública no art.117 das disposições finais e transitórias.

Os legitimados ativos para a propositura da ação, conforme art. 5º da lei 7347/85, são o Ministério Público, pessoas de direito público, as pessoas da administração indireta e associações constituídas há no mínimo um ano e que sejam designadas em seus estatutos para a defesa e proteção dos respectivos direitos difusos e coletivos.

Então, é exatamente nesse ponto em que se exterioriza a possibilidade de associações de defesa do consumidor, além, é claro, de todos os demais legitimados, a se habilitarem a propor ação civil pública em face das agências

reguladoras em razão da insuficiente regulação, bem como, do precário controle que elas dirigem aos delegatários de serviços públicos. A ação civil terá como pedido, que as agências editem normas sancionatórias rigorosas, fiscalizações proativas e repressivas, para que todos, coletividade e Estado, sejam realmente beneficiados.

7. Considerações finais

A delegação de serviços públicos é uma escolha do Estado, mas tal escolha não o exime de compromisso com a coletividade, afinal é ele o titular do serviço delegado. Consoante verificado, nesse processo de delegação há vínculos jurídicos de três esferas: do poder concedente em relação ao delegatário, do delegatário em relação aos usuários-consumidores e do poder público em relação aos usuários. É nessa última relação jurídica que se estabelece a responsabilidade do poder concedente de fiscalizar e controlar efetivamente os delegatários, pois, em última análise, esse é um serviço público que interessa diretamente à coletividade.

De certo, a ação Civil Pública é instrumento adequado à tutela específica de direitos coletivos, dentre eles, o da adequada prestação dos serviços públicos, como exige o ordenamento jurídico brasileiro. Daí se dizer que, sendo esses serviços prestados com eficiência, realidade que se coaduna com a existência de um processo de fiscalização comprometido e efetivo, ter-se-á redução significativa de demandas judiciais contra os delegatários de serviço público. Só assim, seriam aplacadas as mazelas afeitas à falta de fiscalização e, conseqüente, má prestação dos serviços públicos, mediante ação abrangente, que atinge a questão na sua origem, não através de meios paliativos.

Referências Bibliográficas

LIVROS

ABELHA, Marcelo. Ações Constitucionais. In: Ação Civil Pública. 2 ed. Salvador: Podivm, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor: com exercícios. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SITES

Atendimento das agências reguladoras é insatisfatório. Disponível na internet em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/2008/03/15/ult23u1491.jhtm>, Acesso em 06.08.2008 às 17:00h.

ARAUJO, Luiz Eduardo Diniz. O poder normativo das agências reguladoras e o indivíduo como sujeito de direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1980, 2 dez. 2008. Disponível na internet em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12029>. Acesso em 24.08.2009 às 17:30h.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Disponível na internet em :<http://www.reformadagestaopublica.org.br/>. Acesso em 23/08/2009 às 21:10.

1. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.99

2. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.276.

3. Tácito apud Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*. p. 306

4. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.311.

5. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.p.399

6. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Disponível na internet em :<http://www.reformadagestaopublica.org.br/>. Acesso em 23/08/2009 às 21:10.

7. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.400

8. Cf. NUNES, Luis Antônio Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor: com exercícios*. 3 ed. São Paulo:Saraiva, 2008. p. 66.

ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL (EIA): ORIGEM, INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO NATIONAL ENVIRONMENTAL POLICY ACT (NEPA) NO SISTEMA JURÍDICO NORTE-AMERICANO.

Antônio F. G. Beltrão

Mestre em Direito Ambiental pela Pace University School of Law, N.Y., E.U.A. Procurador do Estado de Pernambuco e advogado militante Presidente da Comissão de Meio Ambiente da OAB/PE

I - História: o início da era de leis ambientais editadas pelo Congresso e a aprovação do National Environmental Policy Act (NEPA).

Embora o sistema jurídico estadunidense seja tradicionalmente de *common law*, a temática ambiental encontra-se nos dias de hoje precipuamente regulada através de diversas leis editadas pelo Congresso, fruto de um movimento legislativo iniciado nos anos 60 do século XX, responsável pela criação do *Solid Waste Disposal Act* [Lei de Resíduos Sólidos], em 1965, da *Environmental Protection Agency* – EPA [Agência de Proteção Ambiental], em 1970, que consiste na agência ambiental federal, do *Clean Air Act* [Lei do Ar Limpo], em 1970, do *Clean Water Act* [Lei da Água Limpa], em 1972, do *Federal Insecticide, Fungicide, and Rodenticide Act* – FIFRA [Lei Federal sobre Inseticida e Fungicida], em 1972, do *Marine Protection, Research, and Sanctuaries Act* [Lei da Proteção, Pesquisa e Santuários Marinhos], em 1972, do *Endangered Species Act* – ESA [Lei de Espécies Ameaçadas], em 1973, do *Safe Drinking Water Act* – SDWA [Lei da Água Potável Segura], em 1974, do *Toxic Substances Control Act* – TSCA [Lei de Controle de Substâncias Tóxicas], em 1976, do *Resource Conservation and Recovery Act* – RCRA [Lei de Restauração e Conservação de Recursos], em 1976, entre outros.

Tal não significa que inexistia legislação federal acerca do meio ambiente antes dos anos 60. De fato, o *Federal Power Act* [Lei Federal de Energia], aprovado pelo Congres-

so em 1920, ao dispor sobre os recursos hídricos da nação incluía a expressão “propósitos recreativos” entre as finalidades a serem resguardadas e contempladas em qualquer projeto relacionado. De acordo com essa Lei a *Federal Power Commission* [Comissão Federal de Energia] tem o dever de examinar as alternativas disponíveis para o projeto.

Em *Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Commission*¹ a U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, órgão da 2ª. instância da justiça federal, concluiu que a Comissão havia falhado em compilar evidências suficientes para apoiar a sua decisão visto que “ignorou certos fatores relevantes e não realizou um estudo aprofundado das alternativas possíveis ao projeto de Storm King.”

Consequentemente, a Corte entendeu que “a Comissão deve reexaminar todas as questões nas quais as evidências encontradas não foram suficientes. A renovação do procedimento da Comissão deve incluir como uma preocupação básica a preservação da beleza natural e dos santuários históricos naturais, tendo em mente que o custo de um projeto consiste apenas em um dos vários fatores a serem considerados.” Portanto, este precedente, apesar de anterior ao NEPA, introduziu no sistema jurídico a *rationale* da necessidade do exame prévio das alternativas ao projeto proposto, tão característico do procedimento de EIA.

Durante o século XIX e até os anos 60 do século XX os problemas ambientais eram essencialmente da responsabilidade dos governos estaduais e locais, limitando-se o governo federal a auxiliá-los com pesquisas e recursos financeiros. Com a expansão da economia dos Estados Unidos da América após a 2ª. Guerra Mundial constatou-se que a poluição crescente não respeitava as fronteiras das cidades e dos Estados, tornando-se um problema nacional.²

Nesse período ocorreram alguns eventos importantes que atraíram a atenção da sociedade para a necessidade de uma regulamentação mais eficaz do ambiente, como, por exemplo, a publicação do livro de Rachel Carson intitulado *Silent Spring*, em 1962, em que eram relatadas as consequências danosas dos pesticidas à saúde, a descoberta de componentes de mercúrio no *sword fish* e o vazamento de óleo em Santa Barbara, na costa da Califórnia, em 1969.

O então Presidente Kennedy instituiu uma nova era para o Poder Executivo ao incluir a temática ambiental em sua mensagem especial ao Congresso em Recursos naturais, em 23 de fevereiro de 1961, na qual demandava-se, entre outras ações, medidas específicas para fortalecer a atuação dos órgãos federais no controle da poluição da água.³

Durante esse período houve também uma eclosão de organizações ambientalistas não governamentais, como a *Environmental Defense Fund* [Fundo de Defesa Ambiental] e o *Natural Resources Defense Council* [Conselho de Defesa dos Recursos Naturais], as quais pressionavam pela criação de leis ambientais. Havia também para muitos um senso comum de que após a conquista da lua em 1969 a proteção ambiental seria o próximo desafio a ser enfrentado.⁴

Em 22 de abril de 1970 o dia da Terra foi pela primeira vez celebrado. De acordo com Dorothy J. Howell “com o dia da Terra em 1970 a imaginação do público havia se voltado da longa luta para domar os desafios da natureza para a preservação do mundo natural.”⁵

Neste novo contexto, a federalização da legislação ambiental apresenta como marco histórico a assinatura pelo Presidente Nixon do *National Environmental Policy Act - NEPA* [Lei da Política Nacional do Meio Ambiente] em cadeia nacional de televisão em 1º de janeiro de 1970.⁶ O NEPA “revolucionou a elaboração de políticas ambientais não através da imposição de controles ambientais substantivos, mas através da mudança no processo decisório das agências federais.” Todas as agências federais passaram a ter o dever legal de incorporar o tema ambiental em seus projetos, desde o início, devendo também realizar um Estudo de Impacto Ambiental no caso de afetarem significativamente a qualidade do ambiente humano.

A *Environmental Protection Agency - EPA* [Agência de Proteção Ambiental], o órgão ambiental federal, também foi criado em 1970 por *executive order*. De acordo com Robert F. Kennedy, Jr., “nenhum desenvolvimento moderno do governo trouxe o poder decisório tão próximo do cidadão comum que as leis ambientais, as quais prevêem audiências públicas no procedimento de licenciamento, participação da comunidade nas decisões de planejamento e zoneamento, a legitimização do cidadão para interpor ações judiciais, e leis que asseguram o direito à informação.”⁸

A implementação de toda a legislação ambiental aprovada pelo Congresso a partir da década de 60 do século XX, que faculta aos órgãos públicos a aplicação de penalidades severas nas esferas administrativa, civil e criminal, bem como cria diversas oportunidades para a participação do público e organizações civis em geral durante o processo administrativo de licenciamento e os legitimiza para a interposição de ações judiciais que buscam exigir o cumprimento dos limites e condições estabelecidos nas licenças ambientais, modificou a forma pela qual muitas pessoas realizam negócios nos Estados Unidos. Por exemplo, a *Securities and Exchange Commission (SEC)* tem exigido a revelação de mais informações por parte de empresas que enfrentam potencial responsabilização por danos ambientais.⁹

Atualmente, mais de oitenta países, incluindo o Brasil, adotaram algum estudo de impacto ambiental, assim como organismos internacionais, como o Banco Mundial e o Banco de Desenvolvimento da Ásia.

II – A origem do Estudo de Impacto Ambiental (EIA): o National Environmental Policy Act – NEPA – de 1969.

O *National Environmental Policy Act - NEPA* [Lei da Política Nacional do Meio Ambiente], de 1969, impõe que todas as políticas, leis e regulamentos dos Estados Unidos devem ser interpretados e administrados na “máxima extensão possível”¹⁰ - *fullest extent possible* - de acordo com suas previsões. Trata-se de norma poderosa visto que determina que o *NEPA* deve modificar a forma pela qual todas as políticas, leis e regulamentos são interpretados, para que seja sempre incluída a perspectiva ambiental.

Todos os entes da administração pública federal – *agencies* – possuem o dever de rever sua competência legal, regulamentos administrativos, políticas e procedimentos para cumprir com o *NEPA*.¹¹

O *NEPA* prevê que toda proposta de legislação assim como toda ação federal de vulto que afete significativamente a qualidade do ambiente humano demanda um estudo detalhado pelo oficial responsável quanto aos impactos ambientais da ação proposta.¹² O oficial responsável deve também analisar as alternativas à ação proposta.¹³

Logo, o *NEPA* não se limita apenas a criar o EIA, possuindo diversos outros dispositivos que pretendem modificar profundamente a forma como as decisões são tomadas pelas agências federais.

Outrossim, o *NEPA* não determina que certos aspectos ambientais devem prevalecer sobre outros no processo decisório, mas apenas que tais aspectos sejam realmente considerados no processo, através de uma avaliação razoável e objetiva.

Dada a sua importância histórica, transcrevo parcialmente, abaixo, a seção §102 do *NEPA*:¹⁴

O Congresso autoriza e determina que, na máxima extensão possível: (1) as políticas, regulamentos e leis dos Estados Unidos devam ser interpretadas e administradas de acordo com as políticas estabelecidas neste capítulo, e (2) todas as agências do Governo Federal devam –

(A) utilizar uma abordagem sistemática, interdisciplinar que assegure o uso integrado das ciências naturais e sociais e das artes de design ambiental no planejamento e na tomada de decisões que possam implicar em impacto no ambiente do homem;

(B) identificar e desenvolver métodos e procedimentos, em consulta com o *Council on Environmental Quality* ... que assegurem que às amenidades e valores ambientais presentemente não quantificados possam ser dadas apropriadas considerações quando da tomada de decisões

juntamente com considerações de ordem econômica e técnica;

(C) incluir em toda recomendação ou relatório em propostas de legislação e outras ações federais de porte que afetem de forma significativa a qualidade do ambiente humano, um estudo detalhado pelo oficial responsável sobre –

(i) o impacto ambiental da ação proposta,

(ii) qualquer efeito adverso no ambiente que não possa ser evitado caso a proposta seja implementada,

(iii) alternativas para a ação proposta,

(iv) a relação entre usos locais de curto termo do ambiente do homem e a manutenção e melhoria da produtividade a longo termo, e

(v) qualquer comprometimento irreversível e irreparável de recursos que seriam envolvidos na proposta caso seja implementada.

Antes de realizar qualquer estudo detalhado, o oficial responsável deve consultar e obter comentários de qualquer agência federal que possua competência por lei ou que seja especializada no tocante a quaisquer dos impactos ambientais envolvidos. Cópias de tal estudo e os comentários e opiniões das agências competentes nas esferas Federal, Estaduais e Municipais, que estão autorizadas a desenvolver e aplicar normas ambientais, devem se tornar disponíveis para o Presidente, para o *Council on Environmental Quality* e para o público na forma prevista pela seção 552 do Título 5, e deve acompanhar a proposta através dos processos de revisão nas agências existentes;

(D) ...

(E) estudar, desenvolver, e descrever alternativas apropriadas para recomendar cursos de ação em qualquer proposta que envolva conflitos não resolvidos concernentes a usos alternativos dos recursos disponíveis;

(F) reconhecer a dimensão mundial e de longo termo dos problemas ambientais e, quando consistente com a política externa dos Estados Unidos, emprestar apropriado apoio a iniciativas, resoluções, e programas que busquem maximizar a cooperação internacional na antecipação e prevenção do declínio na qualidade do ambiente humano no mundo;

(G) tornar disponíveis aos Estados, condados, municipalidades, instituições, e indivíduos, avisos e informações úteis no restauro, manutenção e melhoria da qualidade do ambiente;

(H) iniciar e utilizar informação ecológica no planejamento e desenvolvimento de projetos com recursos orientados; e

(I) ajudar o *Council on Environmental Quality* ...

Logo, além de criar o procedimento de EIA na seção

§102(2)(C), o que já consistiria em inovação notável, o NEPA estabelece na seção §102 várias outras previsões, algumas das quais pouco aplicadas até hoje.

A seção §102(2)(E) e (F) do NEPA impõe que as agências federais desenvolvam um papel bem mais efetivo no uso alternativo de recursos assim como nos problemas ambientais que possuem por característica uma dimensão mundial e de longo termo. Portanto, questões globais, como a mudança climática, podem ser incorporadas pelas agendas das agências federais. Assim, o *Council on Environmental Quality – CEQ* [Conselho em Qualidade Ambiental] poderia promulgar uma regulação requerendo que todas as agências federais devam considerar em seus EIAs os efeitos dos seus respectivos projetos na mudança climática do planeta, caso existentes.

Outrossim, a seção §102(2)(G) do NEPA impõe um dever geral a todas as agências federais em revelar informações para o público. Assim, a participação dos cidadãos seria fortalecida não apenas nos procedimentos de EIA mas também em todos os demais processos de criação de normas pela administração pública.

Vale observar que embora profundamente consolidado na sociedade norte-americana quanto a ações federais de porte, o EIA praticamente não é exigido no tocante a propostas de legislação, como previsto pela seção §102(2)(C) do NEPA.

A Agenda 21 das Nações Unidas reafirma o propósito do NEPA de integrar a perspectiva ambiental no início do processo ao estabelecer o Capítulo 8 intitulado “Integrando Ambiente e Desenvolvimento na Tomada de Decisões.”

Finalmente, muitos especialistas consideram que a fragilidade do NEPA residiria na ausência de poderes para impor a sua aplicação às agências. O *Council on Environmental Quality – CEQ* [Conselho em Qualidade Ambiental], que possui o dever de fiscalizar o cumprimento do NEPA pelas agências federais, não possui tais poderes.¹⁵

III – Os componentes do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) segundo o NEPA:

A seção §102 do NEPA prevê que o Congresso autoriza e determina que todas as agências federais devem cumprir com as regras ali indicadas “na máxima extensão possível” – *fullest extent possible*.

Tal expressão foi definida na seção 1500.6 do regulamento do NEPA, que corresponde ao *Council on Environmental Quality – CEQ* [Conselho em Qualidade Ambiental], como obrigação imposta às agências do Governo Federal em cumprir com a §102 do NEPA, “salvo se existir lei aplicável às atividades da agência que expressamente proíba ou torne sua aplicação impossível.”

Vale ressaltar que mesmo antes do advento da regulamentação do NEPA pelo CEQ, que data de 1978, aquela expressão já havia sido interpretada pela *United States Court of Appeals for the District of Columbia*, em *Calvert*

Cliffs' Coordinating Committee v. United States Atomic Energy Commission,¹⁶ que decidiu que tal linguagem não permitia nenhuma análise discricionária pelas agências quanto aos requerimentos do procedimento de EIA, os quais consistiam em rigorosas exigências a serem observadas quando de sua revisão judicial pelas Cortes.¹⁷

Portanto, uma vez que haja uma ação federal de vulto que significativamente afete o ambiente humano, as agências possuem o dever de preparar um EIA. Caso decidam não prepará-lo, os Tribunais devem rever tal decisão com base em sua razoabilidade.¹⁸

Os procedimentos do NEPA devem ser iniciados tão cedo quanto possível pelas agências durante o desenvolvimento de projetos. Apesar de as agências poderem preparar estudos ambientais a qualquer tempo, faz-se essencial preparar um EIA o mais precocemente possível para que se produza as informações necessárias antes que a decisão final pela agência seja tomada.

O NEPA cria no Departamento da Presidência da República o *Council on Environmental Quality* [Conselho em Qualidade Ambiental], composto por três membros e que tem a missão de formular e recomendar políticas nacionais para promover o aperfeiçoamento da qualidade do ambiente, através da análise e interpretação das tendências ambientais.¹⁹

Em 28 de novembro de 1978, quase nove anos após a criação do NEPA, o *Council on Environmental Quality – CEQ* [Conselho em Qualidade Ambiental] editou o seu regulamento, onde encontram-se minuciosamente definidos os componentes e procedimento do EIA.²⁰

O *Council on Environmental Quality – CEQ* [Conselho em Qualidade Ambiental] estabelece que os procedimentos do NEPA devem assegurar que a informação ambiental esteja disponível aos agentes públicos e cidadãos antes que decisões sejam tomadas e ações sejam realizadas. Consequentemente, para que se evite atrasos, as agências devem integrar o procedimento do NEPA no início de qualquer planejamento.²²

Possibilitar que as agências realizem boas decisões considerando a perspectiva ambiental consiste no objetivo central do NEPA. Logo, se um EIA é iniciado após a agência ter decidido, ainda que informalmente, acerca de como irá realizar um determinado projeto, a conclusão do EIA será inútil. Por via de consequência, todo o procedimento de EIA conterà provavelmente vários vícios, visto que não haverá um exame real das alternativas razoáveis, etc., podendo ser invalidado através de revisão judicial.

Outrossim, ao preparar o EIA logo no início do planejamento as agências evitam a crítica mais comum: o seu suposto efeito de atrasar a execução de projetos. De fato, o EIA não deveria jamais causar atraso algum em projetos visto que as agências sabem que devem prepará-lo logo no início. Se não o fazem, não podem as agências posteriormente culpar o EIA por um eventual atraso no cronograma do projeto.²²

Desde o início do procedimento de EIA até à decisão formal da agência nenhuma ação deve ser praticada que possa implicar em um efeito adverso no ambiente ou limitar a escolha das alternativas razoáveis.²³

O NEPA aplica-se tão-somente às agências federais.²⁴ Se a ação, nos termos do Administrative Procedure Act [Lei do Procedimento Administrativo],²⁵ é praticada pelo próprio Presidente da República, o NEPA não se aplica visto que a Presidência não é considerada uma agência.²⁶

Outrossim, nos termos da §102(2)(C) do NEPA, apenas as ações federais “de vulto” demandam um EIA. A §1508.18 do CEQ interpreta tal expressão de forma ampla para compreender ações que estejam potencialmente sujeitas ao controle e responsabilidade Federal. Assim, o termo alcança “projetos e programas total ou parcialmente financiados, auxiliados, conduzidos, regulados ou aprovados por agências federais ...”

A §102(2)(C) do NEPA prevê que o EIA não se aplica para todos os impactos, mas apenas para aqueles que sejam “significativos.” No exame desta significância a agência deve considerar o contexto e a intensidade do projeto proposto.²⁷

A ação deve ser “analisada em variados contextos tais como a sociedade como um todo, a região afetada, os interesses afetados, e a localidade (...) Ambos os efeitos de curto e de longo termo são relevantes.”²⁸

O CEQ indica dez elementos que devem ser considerados quando da análise de impactos, tais como: o grau em que a ação proposta afeta a saúde ou a segurança públicas; se os possíveis efeitos no ambiente humano são altamente incertos ou se envolvem riscos bastante singulares ou desconhecidos; e se a ação está relacionada a outras ações individualmente insignificantes mas que cumulativamente são significantes como impactos ambientais.²⁹

Impactos cumulativos consistem em um importante conceito que se aplica quando uma ação, individualmente considerada, não causaria impactos significativos; contudo, considerando outras ações, no passado, presente e em um previsível futuro, conclui-se que haverá impactos cumulativos que serão significativos. Como estabelecido pelo CEQ, tais impactos “podem resultar de ações individualmente pequenas mas que coletivamente são significativas ao longo de um período de tempo.” Logo, um EIA deve ser requerido.

Em *City of Rochester v. United States Postal Service* a *United States Court of Appeals for the 2nd Circuit*, ao analisar se a construção de um novo estabelecimento dos correios em um subúrbio de uma cidade consistiria ou não em uma “ação federal de vulto,” decidiu que a exigência do NEPA que um EIA seja preparado para todas as ações federais de vulto não permite o fracionamento de um projeto em pequenas partes, as quais, isoladamente, não implicariam em impactos específicos, mas que, no todo, haveria um impacto cumulativo significativo.

Os efeitos dos impactos são classificados pelo CEQ

em direto, quando ocorre ao mesmo tempo e lugar da ação, ou indireto, quando aparece apenas posteriormente.³² O CEQ emprega efeito e impacto como sinônimos e compreendem uma gama enorme de aspectos, incluindo ecológicos, estéticos, históricos, culturais, econômicos, sociais e de saúde.

A §102(2)(C) do NEPA, que consiste na essência do EIA, prevê que as ações a serem consideradas são as que afetem de forma significativa o “ambiente humano.” Em *Minnesota Public Interest Research Group v. V. Butz*³³ o réu, uma madeireira que pretendia explorar uma área denominada *Boundary Waters Canoe*, alegou que não haveria nenhum efeito adverso no ambiente humano visto que “não há prova de que pessoas que usam tal área jamais tenham visto uma venda de madeira.” O *United States Court of Appeals for the 8th Circuit* decidiu que essa interpretação restringiria demais o que pode ser considerado impacto significativo no ambiente humano. Ao considerar que as estradas necessárias para a exploração madeireira causam erosão e poluição da água, e que podem permanecer visíveis por cem anos, o Tribunal concluiu que tais atividades destroem as florestas virgens, não apenas o seu uso recreativo, mas também científico e educacional.³⁴

Para países em desenvolvimento, onde em geral o EIA, quando existente, possui uma aplicação bastante limitada, fruto de uma visão tradicionalmente restritiva do que se considera meio ambiente, a sua evolução no direito estadunidense, onde compreende também aspectos sociais e econômicos, chega a ser surpreendente.

Em *Chinese Staff and Workers Association v. City of New York*³⁵ os autores alegaram que um determinado planejamento urbano realizado pela Prefeitura de Nova York seria arbitrário visto que as agências não teriam considerado que a introdução de condomínios luxuosos na comunidade de Chinatown aceleraria a retirada dos residentes e comerciantes ou alteraria as características da comunidade. Os réus, por sua vez, argumentaram que o *City Environmental Quality Review*, os regulamentos editados pela cidade de Nova York, e o *State Environmental Quality Review Act - SEQRA* [Lei de Revisão da Qualidade Ambiental do Estado de Nova York] não exigiriam a consideração de nenhum impacto social ou econômico tal como alegado pelos autores. Desnecessário lembrar que o caso em apreço trata de área absolutamente urbana e densamente povoada, localizada em Manhattan, na cidade de Nova York.

A *Court of Appeals of New York* decidiu que os padrões existentes de concentração, distribuição ou crescimento da população e as características existentes da comunidade ou vizinhança, bem como o potencial deslocamento, em longo termo, de residentes e comerciantes, são condições físicas que necessariamente deveriam ser consideradas pela agência quando da análise do potencial do projeto em causar efeitos significativos no ambiente.³⁶ Logo, não apenas um EIA era necessário como também deveria obrigatoriamente abranger tais aspectos sociais e econômicos.

Por tal razão, acertadamente, autores no Brasil já

defendem a necessidade de elaboração prévia do EIA para, por exemplo, a construção de estabelecimentos prisionais, dada a evidente “repercussão e impacto ambiental, tanto internamente quanto em seu entorno.”³⁷ Consequentemente, o EIA torna-se fundamental para que sejam apresentadas as “alternativas locais, análise do meio físico e biológico e do meio sócio-econômico na qual se deseja realizar a obra.”³⁸

O C.E.Q. em §1502.22 previa que se certa informação, essencial para a análise pela agência acerca da magnitude dos potenciais impactos a serem causados por uma ação específica, não estiver disponível ou sua obtenção implicar em um custo financeiro muito alto, a agência teria que incluir no EIA uma análise do pior cenário possível e uma indicação da probabilidade ou improbabilidade de sua ocorrência.

Este requerimento do “pior cenário possível” foi substituído em 1986 pela previsão de que “se a informação relevante para uma previsibilidade razoável dos impactos significativos adversos não pode ser obtida porque os custos para sua obtenção são exorbitantes ou os meios para sua obtenção são desconhecidos, a agência deve incluir no EIA: (1) uma declaração de que tal informação está incompleta ou indisponível; (2) uma declaração acerca da relevância da informação incompleta ou indisponível para avaliar os impactos adversos significativos razoavelmente previsíveis no ambiente humano; (3) um sumário das provas científicas críveis existentes que são relevantes para avaliar os impactos adversos significativos razoavelmente previsíveis no ambiente humano; e (4) a avaliação pela agência de tais impactos com base em abordagens teóricas ou métodos de pesquisa comumente aceitos pela comunidade científica.”³⁹

O ponto crucial do procedimento de EIA consiste na análise das alternativas. As agências têm o dever de desenvolver e examinar, de forma comparativa e objetiva, todas as alternativas razoáveis para um projeto.⁴⁰ Esta avaliação objetiva, que compreende todos os estudos e provas produzidas, deve ser incluída no processo que instrumentaliza a decisão da agência acerca do EIA.⁴¹

O enfoque dos tribunais quando da revisão judicial de um EIA não adentra no mérito da avaliação sobre que alternativa seria mais favorável ao ambiente, nem tampouco sobre o conteúdo dos estudos científicos eventualmente produzidos pela agência para respaldar a sua decisão. Os tribunais examinam o processo que instrumentalizou o EIA no intuito de descobrir se a agência realmente analisou outras alternativas ou não.

Se há várias alternativas razoáveis, todas devidamente identificadas e objetivamente avaliadas, a agência possui poder discricionário para escolher dentre elas. Contudo, se não há evidências suficientes no processo de EIA de que a agência tenha efetivamente analisado outras alternativas razoáveis, os tribunais determinam que essas outras alternativas também sejam analisadas e incluídas no EIA.

Em *Robertson v. Methow Valley Citizens Council*,⁴² talvez o precedente mais importante, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que "... pacífico o entendimento de que o NEPA não impõe um resultado particular, mas simplesmente prescreve o processo necessário ... Se os efeitos adversos no ambiente da ação proposta estão adequadamente identificados e avaliados, a agência não está constrangida pelo NEPA em decidir que outros valores são mais relevantes que os custos ambientais."

Em *City of Carmel-by-the-Sea v. United States Department of Transportation*⁴⁴ a United States Court of Appeals for the Ninth Circuit decidiu que "um EIA deve analisar as 'alternativas razoáveis' para a ação proposta ... A 'regra da razão' guia tanto a escolha das alternativas quanto a extensão na qual o EIA deve analisar cada alternativa ... O EIA não precisa considerar uma infinidade de alternativas, apenas as razoáveis ou factíveis."⁴⁵

Ressalte-se que as alternativas devem ser razoáveis sob a ótica do projeto e suas ações, não sob a perspectiva do empreendedor. Logo, se uma dada alternativa é bem mais harmônica com a comunidade local e o meio ambiente, deve ser a selecionada pela agência, mesmo se implicar em um aumento relevante nos custos do projeto ou alteração de sua localização.

Neste sentido, em *Van Abbema v. Fornell*⁴⁶ a United States Courts of Appeals for the 2nd Circuit decidiu que a avaliação das alternativas imposta pelo NEPA corresponde a uma avaliação dos meios alternativos para alcançar o objeto final da ação; não consiste em uma avaliação dos meios pelos quais um proponente pode atingir seus objetivos.⁴⁷

Outrossim, o exame das alternativas razoáveis não deve se restringir à competência da agência líder e deve incluir a alternativa de não agir.⁴⁸

A §1508.20 do CEQ prevê as medidas mitigadoras, que compreendem diversas ações: evitar o impacto, não realizando a ação; minimizá-lo, limitando-se o seu grau, sua magnitude; retificá-lo, reparando, reabilitando ou restaurando o ambiente afetado; reduzindo ou eliminando o impacto ao longo do tempo através da preservação e de operações de manutenção durante a ação; e compensação, pela substituição de recursos ou ambientes.

Finalmente, além do dever de incluir medidas mitigadoras no EIA, a agência deve discutir tais medidas com o público ao longo do seu curso.⁴⁹ Desta exigência decorre a questão relevante acerca da extensão em que tais medidas devem ser previstas e discutidas.

A Suprema Corte dos Estados Unidos também já respondeu a esse questionamento em *Robertson v. Methow Valley Citizens Council*, 109 S.Ct. 1835 (1989), ponderando que "há uma distinção fundamental entre a exigência que a mitigação seja discutida em detalhes suficientes para assegurar que as consequências ambientais foram devidamente avaliadas e a exigência de que um completo plano de mitigação seja formulado e adotado," concluindo que o NEPA não exige que um completo plano de mitigação seja

elaborado, mas que as medidas mitigadoras sejam discutidas em um nível de detalhamento suficiente para assegurar que as consequências ambientais foram avaliadas de forma criteriosa.⁵⁰

IV – O procedimento do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) previsto pelo NEPA:

O EIA compreende duas fases, exceto para "propostas de legislação." O procedimento se inicia com um esboço de sua abrangência, quando a agência competente identifica as questões relevantes que devem ser examinadas pelo projeto e que impactos, caso existentes, poderão ser causados.⁵¹

Para decidir se um EIA faz-se ou não necessário a agência federal deve determinar se o projeto: normalmente exigiria um EIA, o que significa tratar-se ou não de um ação federal de vulto que afete significativamente a qualidade do ambiente humano, nos termos da §102(2)(C) do NEPA; ou, normalmente, não requer tal EIA, o que corresponde à conclusão pela inexistência de impactos significativos - *finding of no significant impact (FONSI)*. Caso haja dúvida acerca da magnitude dos potenciais impactos, a agência deve preparar um estudo ambiental (EA).⁵²

O estudo ambiental (EA) consiste em um documento sucinto preparado pela agência federal para, entre outros propósitos, colecionar provas e análises que sirvam de base para decidir pela elaboração de um EIA ou pela conclusão de inexistência de impactos significativos.⁵³ Apesar de se tratar de um estudo conciso, a agência federal deve "envolver agências ambientais, proponentes e o público."⁵⁴

A §1501.5 do CEQ estabelece o critério a ser seguido para identificar qual a agência que deverá liderar o procedimento de EIA - *lead agency* - em caso de haver mais de uma agência federal envolvida no projeto. Ao contrário do que possa aparecer, na prática as agências nos E.U.A. geralmente não querem a responsabilidade de se tornarem uma agência líder num procedimento de EIA.

Se a agência decidir preparar um EIA deve publicar um aviso - *notice of intent* - que deve descrever: "(a) a ação proposta e as alternativas possíveis; (b) a proposta da agência quanto ao âmbito de influência do projeto, incluindo-se se, quando e onde qualquer audiência acerca da delimitação da área de influência será realizada; (c) indicar o nome e endereço do funcionário da agência que possa responder a questões sobre a ação proposta e o EIA."⁵⁵

Portanto, este aviso faculta a primeira oportunidade de participação pública no procedimento de EIA. Além de informar o público em geral sobre a ação proposta, tal aviso também informa quando e onde as audiências ocorrerão. Ressalte-se outrossim a pragmaticidade da norma que impõe que sejam indicados o nome e endereço do funcionário da agência que deverá responder a eventuais pedidos de esclarecimento sobre o projeto proposto e sobre o EIA, tornando assim o contato entre a agência e o público bem mais eficiente e célere.

A §1508.25 define o âmbito de influência de um projeto – *scope* – como “a variedade de ações, alternativas e impactos a serem considerados em um EIA.” Para determinar tal âmbito, a agência líder deve considerar “3 tipos de ações, 3 tipos de alternativas e 3 tipos de impactos,” compreendendo: ações conectas, cumulativas e similares; alternativas, incluindo-se as medidas mitigadoras; e os impactos.

A agência líder deve circular o esboço inteiro do EIA – *draft of the environmental impact statement (DEIS)* –, trabalhar em cooperação com as demais agências interessadas, assim como obter comentários de qualquer outra agência federal, de acordo com sua competência e especialização, e requerer comentários das agências estaduais e municipais eventualmente envolvidas, do proponente, e do público.⁵⁶ O DEIS deve listar todas as licenças, permissões e demais requerimentos necessários que devem ser obtidos para implementar o projeto proposto.⁵⁷

Todos os pontos relevantes do *DEIS* devem ser analisados, tendo as agências o dever de revelar informações e fazer “todos os esforços” para debater tais pontos e as alternativas propostas.⁵⁸

Para o propósito de receber comentários, a §1506.10 do CEQ prevê que a agência líder deve aguardar, ao menos, por noventa dias, a partir da publicação pela Environmental Protection Agency – EPA [Agência de Proteção Ambiental] do aviso do EIA, antes de tomar qualquer decisão no DEIS, ou trinta dias, caso trate-se do EIA final – *final environmental impact statement (FEIS)*.

A agência líder pode decidir em realizar audiências públicas, as quais podem ocorrer antes ou após o DEIS. Se a audiência for designada para discutir o *DEIS*, este documento deve tornar-se disponível ao público com no mínimo 15 dias de antecedência.⁵⁹

Todos os comentários devem ser respondidos pela agência líder antes de preparar a redação final do EIA – FEIS. Os comentários podem modificar alternativas, criar outras alternativas, fazer correções factuais, etc. Ademais, outros comentários podem ser anexados ao FEIS.⁶⁰

Finalmente, a agência líder deve preparar de forma concisa a sua decisão formal, que deve compreender: (a) qual é a decisão; (b) as alternativas consideradas, “especificando a alternativa ou alternativas que foram consideradas ambientalmente preferíveis;” e (c) indicar se todas as medidas mitigadoras, concernentes à alternativa selecionada, têm sido adotadas, e, em caso negativo, explicar a razão.⁶¹

Mesmo antes da edição do regulamento do NEPA, em 1978, os tribunais já haviam decidido que um período de comentário público, com uma real consideração do conteúdo do EIA, era essencial para o seu regular processamento. Neste sentido, *Calvert Cliffs Coordinating Committee v. United States Atomic Energy Commission*: “Nós acreditamos que a interpretação pela Comissão (de energia atômica) do NEPA o ridiculariza. Que objetivo possível poderia haver no requerimento da Seção 102(2)(C) (que o relatório detalhado acompanhe as propostas através dos processos de revisão

da agência) se ‘acompanhar’ significa não mais que proximidade física – determinando não mais que o ato físico de passar certos arquivos e papéis, fechados, para agentes revisores juntamente com outros arquivos e papéis? Que objetivo possível haveria em requerer que o ‘relatório detalhado’ ocorra em audiências perante o órgão competente se este órgão estiver livre para ignorar por completo o conteúdo de tal relatório? NEPA foi criado para fazer mais que simplesmente regular o fluxo de papéis na burocracia federal. A palavra ‘acompanhar’ na Seção 102(2)(C) não pode ser interpretada tão restritamente a ponto de fazer a lei ridícula. Deve, sim, ser lida para indicar que a intenção do legislador que os fatores ambientais, como compilados no ‘relatório detalhado’, sejam *considerados* através dos processos de revisão da agência.”⁶²

As agências também podem preparar um EIA suplementar quando existirem mudanças relevantes a serem acrescentadas ao projeto ou novas circunstâncias ou informações relevantes,⁶³ o qual deve ser incluído no processo administrativo e deve circular e ser preenchido na mesma forma do DEIS e do FEIS.⁶⁴

Em *Marsh v. Oregon Natural Resources Council*⁶⁵ a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao examinar se a informação trazida após o FEIS deveria requerer um EIA suplementar antes do início do projeto, que consistia na construção de uma barragem, decidiu que o EIA suplementar possui os mesmos requisitos do EIA: caso exista uma ação federal de vulto a ocorrer e que as novas informações são suficientes para demonstrar que a ação remanescente afetará a qualidade do ambiente humano, o EIA suplementar será necessário; em caso negativo, não será necessário.⁶⁶

V – O controle exercido pelo Poder Judiciário Norteamericano do Estudo de Impacto Ambiental (EIA):

A revisão do EIA pelos tribunais têm seus critérios e limites estabelecidos pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Kleppe v. Sierra Club*,⁶⁷ em que se decidiu que “tanto o *National Environmental Policy Act* [Lei da Política Nacional do Meio Ambiente] quanto sua história legislativa não contempla que um tribunal deva substituir seu julgamento por aquele da agência no tocante às consequências ambientais de suas ações. O único papel de um tribunal consiste em assegurar que a agência analisou de forma rigorosa as consequências ambientais; não pode inserir-se na área de discricionariedade do Poder Executivo quanto à escolha da ação a ser realizada.”⁶⁸

Portanto, os tribunais não devem discutir teorias ambientais para decidir se a alternativa selecionada pelas agências consiste na mais favorável ao ambiente ou não. O que as cortes devem fazer, por deferência ao conhecimento especializado das agências, é assegurar que o procedimento estabelecido pelo NEPA foi devidamente cumprido pela agência líder, e que sua decisão é razoável, a partir da análise das provas e comentários constantes do respectivo processo administrativo.⁶⁹

Logo, o âmbito da revisão judicial de atos decorren-

tes da aplicação do NEPA é restrito, limitado basicamente ao exame se a agência analisou de forma rigorosa as consequências ambientais do projeto proposto, conforme os elementos constantes do respectivo processo administrativo.⁷⁰

Em *Calvert Cliffs' Coordinating Committee v. United States Atomic Energy Commission*⁷¹ a *United States Court of Appeals for the District of Columbia* decidiu que os tribunais, no tocante à seção 101 do NEPA, não podem modificar uma decisão da agência em seu mérito salvo se for demonstrado que a análise dos custos e benefícios foi arbitraria ou que claramente não foi dada importância suficiente às questões ambientais.⁷²

Em uma síntese feliz acerca dos limites da revisão judicial dos atos praticados pelas agências, a *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* em *City of Carmel-by-the-Sea v. United States Department of Transportation*⁷³ concluiu que o NEPA “não requer que nós decidamos acerca de disputas entre cientistas, ele impõe que nós prestigiemos a opinião da agência se não restar demonstrada que foi arbitrária e sem fundamento.”⁷⁴

Finalmente, não há uma metodologia específica a ser necessariamente utilizada pela agência, sendo, em princípio, possível qualquer metodologia desde que seja razoável, racional, criteriosa. Neste sentido, *Sierra Club v. Marita*.⁷⁵

1. *Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Commission*, 354 F.2d 608, 612 (2th Cir. 1965).

2. PERCIVAL, Robert V., SCHROEDER, Christopher H., MILLER, Alan S. e LEAPE, James P., op. cit., p. 87.

3. CAUFIELD, Henry P. *Environmental Politics and Policy: Theories and Evidences*. London: Duke University, 1989. p. 26-28.

4. LAZARUS, Richard J. *The Greening of America and the Graying of United States Environmental Law: reflections on environmental law's first three decades in the United States*. Revista de Direito Ambiental Julho/Setembro, 2000: 11-39.

5. “With Earth Day 1970, public imagination had turned from the long struggle to cope with nature's challenges to preservation of the natural world.” HOWELL, Dorothy J. *Scientific Literacy and Environmental Policy*. New York: Quorum Books, 1992. p. 48.

6. PERCIVAL, Robert V., SCHROEDER, Christopher H., MILLER, Alan S. e LEAPE, James P., op. cit., p. 90.

7. “Revolutionized environmental policymaking not by imposing any substantive environmental controls, but rather by mandating changes in the decision-making process of federal agencies.” *Ibidem*, p. 90.

8. “No modern development in government has brought power and decision making within closer reach of the common citizen than environmental laws, which provide for permit hearings, community participation in planning and zoning decisions, citizen suit provisions, and right-to-know laws.” CRONIN, John e KENNEDY Jr, Robert F., *The Riverkeepers: Two Activists Fight to Reclaim Our Environment as a Basic Human Right*. New York: Simon & Shuster, 1999. p. 273-274.

9. MILLSTONE, Sacha e WATTS, Ferris Baker. *Effect of the Green Movement on Business in the 1990s. The Greening of American Business: Making Bottom-line sense of Environmental Responsibilities*. Ed. Thomas F. P. Sullivan. Rockville, MD: Government Institutes, 1992. 1-31. p. 7.

10. *National Environmental Policy Act [Lei da Política Nacional do Meio Ambiente]*, 42 U.S.C.A. § 102 (West Supp. 2004-2005).

11. *Ibidem*, § 103.

12. *Ibidem*, § 102(2)(C)(i).

13. *Ibidem*, § 102(2)(C)(iii).

14. “The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible: (1) the policies, regulations, and public laws of the United States shall be interpreted and administered in accordance with the policies set forth in this chapter, and (2) all agencies of the Federal Government shall –

(A) utilize a systematic, interdisciplinary approach which will insure the integrated use of the natural and social sciences and the environmental design arts in planning and in decisionmaking which may have an impact on man's environment;

(B) identify and develop methods and procedures, in consultation with the Council on Environmental Quality ... which will insure that presently unquantified environmental amenities and values may be given appropriate consideration in decisionmaking along with economic and technical considerations;

(C) include in every recommendation or report on proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment, a detailed statement by the responsible official on –

(i) the environmental impact of the proposed action,

(ii) any adverse environmental effects which cannot be avoided should the proposal be implemented,

(iii) alternatives to the proposed action,

(iv) the relationship between local short-term uses of man's environment and the maintenance and enhancement of long-term productivity, and

(v) any irreversible and irretrievable commitments of resources which would be involved in the proposed should it be implemented.

Prior to making any detailed statement, the responsible official shall consult with and obtain the comments of any Federal agency which has jurisdiction by law or special expertise with respect to any environmental impact involved. Copies of such statement and the comments and views of the appropriate Federal, State, and local agencies, which are authorized to develop and enforce environmental standards, shall be made available to the President, the Council on Environmental Quality and to the public as provided by section 552 of Title 5, and shall accompany the proposal through the existing agency review processes;

(D) ...

(E) study, develop, and describe appropriate alternatives to recommended courses of action in any proposal which involves unresolved conflicts concerning alternative uses of available resources;

(F) recognize the worldwide and long-range character of environmental problems and, where consistent with the foreign policy of the United States, lend appropriate support to initiatives, resolutions, and programs designed to maximize international cooperation in anticipating and preventing a decline in the quality of mankind's world environment;

(G) make available to States, counties, municipalities, institutions, and individuals, advice and information useful in restoring, maintaining, and enhancing the quality of the environment;

(H) initiate and utilize ecological information in the planning and development of resource-oriented projects; and

(I) assist the Council on Environmental Quality ..."

15. WILSON, Jennifer Joy. *Nepa: Present Benefits and Future Goals. Environmental Impact Assessment – Proceedings of a Conference on the Preparation and Review of Environmental Impact Statements*. New York: Nicholas A. Robinson ed., New York State Bar Association, 1989, 225-227. p. 226.

16. *Calvert Cliffs' Coordinating Committee v. United States Atomic Energy Commission*, 449 F.2d 1109, 1114 (D.C. Cir. 1971).

17. "All of these Section 102 duties are qualified by the phrase 'to the fullest extent possible.' We must stress as forcefully as possible that this language does not provide an escape hatch for footdragging agencies; it does not make NEPA's procedural requirements somehow 'discretionary.' Congress did not intend the Act to be such a paper tiger. Indeed, the requirement of environmental consideration 'to the fullest extent possible' sets a high standard for the agencies, a standard which must be rigorously enforced by the reviewing courts." *Calvert Cliffs' Coordinating Committee v. United States Atomic Energy Commission*, 449 F.2d 1109, 1114 (D.C. Cir. 1971).

18. *Public Interest Research Group v. V. Butz*, 498 F.2d 1314 (1974), US Court of Appeals 8th Circuit.

19. 42 U.S.C.A. § 4342.

20. *Council on Environmental Quality [Conselho em Qualidade Ambiental]*, 40 C.F.R. § 1500 (West Supp. 2004-2005).

21. *Ibidem*, § 1500.1(b).

22. *Ibidem*, § 1500.5(a).

23. *Ibidem*, §1506.1(a).

24. Em geral os Estados que compõem a Federação norte-americana criam uma legislação acerca do EIA aplicável em suas respectivas ordens jurídicas, conhecidas como "little NEPAs."

25. *Administrative Procedure Act [Lei do Procedimento Administrativo]*, 5 U.S.C.A § 704 (West Supp. 2004-2005).

26. *Public Citizen v. U.S. Trade Representative*, 5 F.3d 549 (D.C. Cir. 1993).

27. *Council on Environmental Quality [Conselho em Qualidade Ambiental]*, 40 C.F.R. § 1508.27 (West Supp. 2004-2005).

28. *Ibidem*, §1508.27(a).

29. *Ibidem*, §1508.27(b)(2)(5)(7).

30. *Ibidem*, §1508.7.

31. *City of Rochester v. United States Postal Service*, 541 F.2d 967 (2th Cir. 1976).

32. *Council on Environmental Quality [Conselho em Qualidade Ambiental]*, 40 C.F.R. §1508.8 (West Supp. 2004-2005).

33. *Minnesota Public Interest Research Group v. V. Butz*, 498 F.2d 1314, 1322 (8th Cir. 1974).

34. "Nós acreditamos que o NEPA preocupa-se tanto com os efeitos indiretos quanto com os diretos. Tem havido um reconhecimento crescente que o homem e todas as outras formas de vida do planeta podem ser significativamente afetados por ações que aparentemente seriam insignificantes ... As provas demonstram que há efeitos diretos no ambiente humano causados pela atividade das madeiras. O corte de árvores cria um excesso de nutrientes que ocasiona uma proliferação de algas nos lagos e correntes, afetando a pureza da água. As estradas para as atividades das madeiras podem causar erosão e poluição da água e permanecem visíveis por 100 anos; isto afeta a rusticidade e a beleza natural do BWCA (Boundary Waters Canoe Area), reconhecida como singular pelo próprio Forest Service (agência governamental). O corte de árvores destrói a floresta virgem, não apenas seu uso recreacional, mas também científico e educacional. Tudo isto consiste em impactos significativos no ambiente humano." *Minnesota Public Interest Research Group v. V. Butz*, 498 F.2d 1314, 1322 (8th Cir. 1974).

35. *Chinese Staff and Workers Association v. City of New York*, 68 N.Y.2d 359, 363 (1986).

36. "Os atuais padrões de concentração, distribuição e crescimento populacional e as características da comunidade e de sua vizinhança são condições físicas assim como o regulamento adotado, em cumprimento ao SEQRA, requer que a agência competente considere os potenciais efeitos de longo prazo consistente no deslocamento de residentes e comerciantes para determinar se o projeto proposto pode afetar significativamente o ambiente. Dado que os réus não consideraram estes efeitos potenciais no ambiente em seus estudos ambientais, a sua determinação está em desacordo com a lei e consequentemente é arbitrária e sem fundamento." *Chinese Staff and Workers Association v. City of New York*, 68 N.Y.2d 359, 363 (1986).

37. SOARES, Inês Virgínia Prado e ROCHA, Eliana Pires. *Estudo Prévio de Impacto Ambiental na construção de estabelecimentos penitenciários. O futuro do controle da poluição e da implementação ambiental = The future of pollution regulation and enforcement*. Eds. Antonio Herman Benjamin e José Carlos Meloni Sícóli. São Paulo: IMESP, 2001. 425-432. p. 428.

38. *Op. cit.*, p. 429.

39. "If the information relevant to reasonably foreseeable significant adverse impacts cannot be obtained because the overall costs of obtaining it are exorbitant or the means to obtain it are not know, the agency shall include within the environmental impact statement: (1) a statement that such information is incomplete or unavailable; (2) a statement of the relevance of the incomplete or unavailable information to evaluating reasonably foreseeable significant adverse impacts on the human environment; (3) a summary of existing credible scientific evidence which is relevant to evaluating the reasonably foreseeable significant adverse impacts on the human environment, and (4) the agency's evaluation of such impacts based upon theoretical approaches or research methods generally accepted in the scientific community."

40. *National Environmental Policy Act [Lei da Política Nacional do Meio Ambiente]*, 42 U.S.C.A. §102(2)(C)(iii), e *Council on Environmental Quality [Conselho em Qualidade Ambiental]*, 40 C.F.R. § 1502.14 (West Supp. 2004-2005).

41. 40 C.F.R. §1505.2(b).

42. *Robertson v. Methow Valley Citizens Council*, 109 S.Ct. 1835, 1837 (1989).

43. it is now well settled that NEPA itself does not mandate particular results, but simply prescribes the necessary process ... If the adverse environmental effects of the proposed action are adequately identified and evaluated, the

agency is not constrained by NEPA from deciding that other values outweigh the environment costs.”

44. *City of Carmel-by-the-Sea v. United States Department of Transportation*, 123 F.3d 1142, 1155 (8th Cir. 1997).

45. “An Environmental Impact Statement must discuss ‘reasonable alternatives’ to the proposed action ... The ‘rule of reason’ guides both the choice of alternatives as well as the extent to which the Environmental Impact Statement must discuss each alternative ... The Environmental Impact Statement need not consider an infinite range of alternatives, only reasonable or feasible ones.”

46. *Van Abbema v. Fornell*, 807 F.2d 633, 638 (2th Cir. 1986).

47. “The evaluation of ‘alternatives’ mandated by NEPA is to be an evaluation of alternative means to accomplish the general goal of an action; it is not an evaluation of the alternative means by which a particular applicant can reach his goals. In the current proposal the general goal is to deliver coal from mine to utility. See AR at 2559-60 (Final EA). In some discussion of alternatives to the proposal, the Corps has suggested that an alternative may not be feasible at least partly because the applicant does not own the necessary land or perhaps cannot gain access to it. See e.g., AR at 1072, 1073 (Preliminary Case Report). The fact that this applicant does not now own an alternative site is only marginally relevant (if it is relevant at all) to whether feasible alternatives exist to the applicant’s proposal.”

48. 40 C.F.R. §1502.14(c)(d).

49. *Ibidem*, §1508.25.

50. “In sum, we concluded that NEPA does not require a fully developed plan detailing what steps will be taken to mitigate adverse environmental impacts and does not require a ‘worst case analysis.’”

51. *Council on Environmental Quality [Conselho em Qualidade Ambiental]*, 40 C.F.R. §1501.7 (West Supp. 2004-2005).

52. *Ibidem*, §1501.4.

53. *Ibidem*, §1508.9(a)(1).

54. *Ibidem*, §1501.4(b).

55. “(a) the proposed action and possible alternatives; (b) the agency’s proposed scoping process including whether, when, and where any scoping meeting will be held; and (c) state the name and address of a person within the agency who can answer questions about the proposed action and the environmental impact statement.” *Ibidem*, §1508.22

56. *Ibidem*, §1503.1(a).

57. *Ibidem*, §1502.25(b).

58. *Ibidem*, §1502.9(a).

59. *Ibidem*, §1506.6(c).

60. *Ibidem*, §1503.4(b).

61. *Ibidem*, §1505.2.

62. *Calvert Cliffs Coordinating Committee v. United States Atomic Energy Commission*, 449 F.2d 1109, 1117 (D.C. Cir. 1971).

63. *Council on Environmental Quality [Conselho em Qualidade Ambiental]*, 40 C.F.R. §1502.9(c)(1). (West Supp. 2004-2005).

64. *Ibidem*, §1502.9(c)(3)(4).

65. *Marsh v. Oregon Natural Resources Council*, 490 U.S. 360, 392 (1989).

66. “In this respect the decision whether to prepare a supplemental EIS is similar to the decision whether to prepare an EIS in the first instance: If there remains ‘major federal action’ to occur, and if the new information is sufficient to show that the remaining action will ‘affect the quality of the human environment’ in a significant manner or to a significant extent not already considered, a

supplemental EIS must be prepared... However, having done so and having determined based on careful scientific analysis that the new information was of exaggerated importance, the Corps acted within the dictates of NEPA in concluding that supplementation was unnecessary. Even if another decisionmaker might have reached a contrary result, it was surely not a ‘clear error of judgment’ for the Corps to have found that the new and accurate information contained in the documents was not significant and that the significant information was not new and accurate. As the SIR demonstrates, the Corps conducted a reasoned evaluation of the relevant information and reached a decision that, although perhaps disputable, was not ‘arbitrary or capricious.’”

67. *Kleppe v. Sierra Club*, 427 U.S. 390, 410 (1976)

68. “Neither the National Environmental Policy Act nor its legislative history contemplates that a court should substitute its judgment for that of the agency as to the environmental consequences of its actions. The only role for a court is to insure that the agency has taken a ‘hard look’ at environmental consequences; it cannot interject itself within the area of discretion of the executive as to the choice of the action to be taken.”

69. Vale observar que, distintamente da Constituição brasileira de 1988 que assegura como garantia individual, em seu art. 5º, XXXV, o acesso ao Judiciário (princípio da inafastabilidade), a Constituição estadunidense não possui uma previsão similar. Assim, o Congresso norte-americano pode editar legislação limitando ou até mesmo impedindo a revisão judicial para determinadas matérias. No caso do NEPA, não há previsão específica acerca de sua revisão judicial; por via de consequência, são aplicáveis os critérios estabelecidos pelo Administrative Procedure Act – APA [Lei do Procedimento Administrativo] (5 U.S.C.A., Capítulo 5). Tais critérios, previstos na seção 706 do APA, são:

“... a Corte de revisão deve -

(1) compelir a ação de agência ilegalmente negada ou atrasada sem motivo razoável; e

(2) decidir como ilegal e sem validade as ações, descobertas e conclusões que sejam -

(A) arbitrárias, sem fundamento, um abuso da discricionariedade, ou em desacordo com a lei;

(B) contrárias a direito, poder, privilégio ou imunidade constitucional;

(C) decorrentes de excesso na competência, autoridade ou limitações legais ou restrição de garantias legais;

(D) sem observância do procedimento exigido por lei;

(E) sem fundamentação em provas substanciais em um caso sujeito às seções 556 e 557 deste título ou revisado nos arquivos de uma audiência de agência nos termos da lei; ou

(F) sem suporte nos fatos na extensão de que tais fatos são sujeitos ao julgamento de novo pela Corte de revisão.”

70. See *Stewart Park and Reserve Coalition v. E. Slater*, 225 F.Supp.2d 219 (2002), US District Court, N.D New York.

71. *Calvert Cliffs’ Coordinating Committee v. United States Atomic Energy Commission*, 449 F.2d 1109, 1115 (D.C. Cir. 1971).

72. “Section 102 of NEPA mandates a particular sort of careful and informed decisionmaking process and creates judicially enforceable duties. The judicial courts probably cannot reverse a substantive decision on its merits, under Section 101, unless it be shown that the actual balance of costs and benefits that was struck was arbitrary or clearly gave insufficient weight to environmental values. But if the decision was reached procedurally without individualized consideration and balancing of environmental factors-conducted fully and in good faith-it is the responsibility of the courts to reverse. As one District Court has said of Section 102 requirements: ‘It is hard to imagine a clearer or stronger mandate to the Courts.’”

73. *City of Carmel-by-the-Sea v. United States Department of Transportation*, 123 F.3d 1142, 1151-1152 (9th Cir. 1997).

74. “The National Environmental Policy Act does not require that we settle disputes between scientists, it dictates that we defer to agency opinion if it is

not otherwise shown to be arbitrary and capricious.”

*75. “The agency is entitled to use its own methodology, unless it is irrational ... The Service, as discussed at length in Section III, developed an appropriate method of analyzing diversity. The Sierra Club is correct that the Service did not employ conservation biology in its final analysis. However, the Service appropriately considered conservation biology and ultimately determined that science to be uncertain in application. With regard to the Service’s assumption that human intervention in the form of cuttings could aid diversity, the Service notes that it was precisely its intervention in the past fifty years that permitted the forests to rejuvenate after the logging and fires prior to the 1930s. Moreover, the Service proposes, without some intervention, the forests would return to their pre-1800s, climax hardwood composition, a composition less diverse than at present. We cannot conclude from the record and these explanations that the Service acted irrationally.” *Sierra Club v. Marita*, 46 F.3d 606, 621 (7th Cir. 1995).*

AGENTES POLÍTICOS E LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: DA ORIGEM ÀS RECENTES DECISÕES DO STF

Gentil Ferreira de Souza Neto

Advogado e Consultor Jurídico.
Graduado pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE

1. Introdução

Neste texto pretende-se tratar de um assunto delicado que tem se tornado, nos últimos anos, tema primordial para o bom trato com a coisa pública.

Há algum tempo, as repartições públicas (assim como qualquer órgão estatal) são consideradas como sinônimos de burocracia, lentidão, péssimo atendimento à população e, infelizmente, corrupção – a qual faz parte do nosso cotidiano e da cultura do “jeitinho”.

Segundo Marco Aurélio Lustosa Caminha, esta movimentação poderia ser chamada de “anomia social”. Isto ocorre quando a atividade de Administração do Estado puxa para si o modelo de desregramento axiológico predominante e típico da ciência econômica. Ou seja, começa a surgir no povo um sentimento de que essas práticas ilícitas são normais e inevitáveis para a condução da Administração Pública. Segundo o autor: “dá-se a anomia aguda quando ocorre a deterioração e, no caso extremo, a desintegração dos sistemas de valor, o que resulta em profundas angústias” (Caminha, 2003, p. 5).

Nesse sentido, temos que nos distanciar dessa realidade e passar a acreditar que a direção da coisa pública pode ser feita de forma proba e autônoma. Nas palavras de João Maurício Leitão Adeodato: de forma autopoietica – o contrário é o que acontece aqui no Brasil e na maioria dos países subdesenvolvidos (o império da alopoiese no sistema).

Ressaltando, portanto, a grande necessidade de discussão a respeito deste ponto, cremos que, para punir o agente público de menor escalão, a sociedade, bem como a própria Administração, já tem instrumentos suficientes – bastando apenas a efetiva aplicação das sanções previstas, sem maiores complicações.

Contudo, o problema começa a se tornar mais sério quando o uso da lei se depara com sujeitos “especiais”, os

chamados agentes políticos, que gozam de prerrogativa de foro nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

Sob este aspecto, a natureza jurídica das sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa não é pacífica. Uns acreditam (a maioria) que a natureza é cível. Enquanto, contrariamente, outros autores estão aderindo à teoria da natureza penal das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Lembre-se que esta Monografia tem como parâmetro a aplicação de sanções àquelas autoridades mencionadas, evidente se mostra, portanto, a relevância acerca da discussão sobre a natureza jurídica.

Portanto, é necessário mostrar que, ultimamente, a doutrina não vem demonstrando resultados pacíficos acerca do tema. Principalmente com o julgado do STJ (RESP 456649/MG) que, além de categorizar o cometimento de atos de improbidade administrativa de sujeitos políticos como crime de responsabilidade (portanto, de natureza especial), vai de encontro à celeridade processual e ao respeito de vermos nossos representantes serem punidos por tratarem negligentemente da coisa pública (ou seja, coisa de todos nós). Ademais, foi julgada pelo STF, a Reclamação nº 2.138-DF que direcionou a inaplicabilidade da referida lei aos agentes políticos.

O escopo maior é, então, a imposição da moralidade na Administração Pública, bem como a tentativa de mudança da mentalidade social sobre a flexibilização das atividades consideradas “corretas” dos nossos representantes.

Dessa forma, bem correlato a essa temática está o posicionamento de Fábio Medina Osório ao ressaltar que o alcance e os efeitos da Lei de Improbidade Administrativa proporcionarão respostas ao problema da fiscalização da probidade. Continua: “os operadores jurídicos devem estar conscientes de que suas tarefas estão ligadas ao contrato social. E a sociedade necessita de medidas enérgicas em detrimento da improbidade” (Osório, 1997, p. 189).

2. Conceito de Improbidade Administrativa e as suas modalidades

De acordo com Emerson Garcia, a palavra “probidade” advém do latim *probus*, significando “aquilo que brota bem” (Garcia, 2002, p. 76). Usualmente, é empregado para sinalizar um homem honesto, virtuoso leal, íntegro. Mais especificamente: retidão de conduta, honestidade, honradez.

Nesse sentido, a improbidade aproxima-se bastante do conceito de imoralidade, porém sendo mais amplo, agregando não apenas componentes morais, mas também todos aqueles princípios que norteiam a Administração Pública, tais como: publicidade, legalidade, impessoalidade, eficiência, supremacia do interesse público sobre o privado, razoabilidade etc.

Infelizmente, o estudo da improbidade é muito recente no constitucionalismo brasileiro, somente sendo satisfatoriamente tratado a partir da CR/88, no seu art. 37, §4º. Antes disso, as Constituições faziam apenas pequena referência à modalidade mais drástica, qual seja: o enriquecimento ilícito – ainda assim, insuficientemente.

Vejamos: art. 141, §31, da CR/46 (“[...]A lei disporá sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”) e o art. 153, §11, da CR/67 (“[...]A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de função pública”).

Segundo Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior (1997, p. 37):

Improbidade administrativa é o designativo técnico para a chamada corrupção administrativa, que, sob diversas formas, promove o desvirtuamento da Administração Pública e afronta os princípios nucleares da ordem jurídica (Estado de Direito, Democrático e Republicano), revelando-se pela obtenção de vantagens patrimoniais indevidas às expensas do erário, pelo exercício nocivo das funções e empregos públicos, pelo ‘tráfico de influência’ nas esferas da Administração Pública e pelo favorecimento de poucos em detrimento dos interesses da sociedade, mediante a concessão de obséquios e privilégios ilícitos.

Em consonância com José Afonso da Silva, citado por Francisco Octavio de Almeida Prado, “a probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu consideração especial pela Constituição, que pune o ímprobo com a suspensão de direitos políticos”, “cuida-se de imoralidade administrativa qualificada” (Prado, 2001, p. 16).

Já Wallace Paiva Martins Júnior (2001, p. 249), aproximando-se das modalidades compreendidas na Lei nº 8.429/92, estabelece:

No conceito de improbidade administrativa está inserido qualquer desvio ético de conduta do agente público, seja qual for a função exercida, afrontoso à moralidade no desempenho de função pública em qualquer dos Poderes da República (como estabelece o art. 1º) e que envolva enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e atentado aos princípios da Administração Pública.

Ou seja, com este conceito, encontramos-nos mais perto da possibilidade de sujeitar os agentes políticos também aos ditames da lei.

Guiando-se pelas regras normatizadas, Fábio Medina Osório (1997, p. 55) entende que a improbidade tem que passar pelo descumprimento dos preceitos constitucionais e legais básicos, configurados basicamente em duas causas principais: a ilegalidade e a imoralidade lato sensu, dependendo da presença dos requisitos do dolo e da culpa, apresentados por meio de conduta positiva ou negativa.

Dessa forma, inúmeras serão as possibilidades de práticas tipificadas pelos artigos 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, os quais se resumem em enriquecimento ilícito de agente público ou de terceiro, atos que causem prejuízo ao erário e a violação de deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições; bem como nas suas diversas variantes.

Assim, pode-se pensar em vários casos nos quais os agentes públicos (incluindo-se os políticos) praticam atos que vão de encontro aos regramentos mantenedores do bom trato com a res publica. Apenas a título de exemplo: a inobservância das regras jurídicas básicas no campo das licitações ou no concurso público, o recebimento de “presentes” para se votar em determinados projetos de tal maneira, a corrupção de magistrados que julgam a favor de algumas pessoas por terem sido agraciados com viagens ao exterior, o membro do Ministério Público que intenta ação civil pública sob o pretexto de defender direito coletivo quando resta caracterizado seu interesse próprio, o desvio de verbas, a falta de publicidade dos atos praticados... Enfim, existe um sem-número de situações que poderiam se enquadrar nos preceitos dos artigos acima referidos.

3. Evolução legal da repressão à improbidade administrativa

A origem da tutela da probidade administrativa no Brasil teve seu início com a Constituição de 1824 no seu artigo 157, o qual disciplinava a ação popular contra juízes e oficiais de justiça que fossem flagrados em suborno ou praticando crimes da ordem de peculato, concussão etc.

Vejamos:

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

Nesse sentido, inicialmente, a improbidade administrativa era considerada como parte do direito penal, no entanto, com o passar do tempo, foi sendo enquadrada dentro de outros ramos do direito, inclusive alterando-lhe os sujeitos ativos, passivos, as diversas modalidades de práticas ilegais, as inúmeras formas de repressão e prevenção etc.

Enfim, as normas foram se sucedendo e, à medida que o tempo passava, o instituto da probidade administrativa ia se amoldando aos contornos da atualidade, mas nunca perdendo a finalidade maior dessas regras – o bom trato com a coisa pública. Vamos, então, seguir a lógica cronológica para expor essa evolução.

A primeira norma de relevo foi o Decreto-Lei Federal nº 3.240/41 que regulou com normas específicas as formas de ressarcimento ao Erário quando o sujeito tivesse agido de forma a ocasionar prejuízo à Fazenda Pública ou a se locupletar com a prática de ilícitos; tratava do seqüestro e da perda de bens.

Em seguida, já estando o perdimento de bens elevado à categoria constitucional, a Lei Federal 3.164/57 (conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha) regulamentou essa forma de repressão quando houvesse sido praticada por servidor público e o seu resultado fosse o enriquecimento ilícito. Ademais, uma grande novidade deste diploma consistiria na exigência do registro do patrimônio (valores e bens) daqueles que exerciam cargos ou funções públicas, possibilitando a comparação dessa evolução no decorrer do tempo no emprego, facilitando a verificação da adequação do estilo de vida com o nível salarial.

Adiante, a Lei 3.502/58 (Lei Bilac Pinto) promoveu uma boa alteração da matéria, ampliando o rol dos sujeitos ativos e passivos sujeitos aos atos de improbidade, contudo, restringindo-se, ainda, ao enriquecimento ilícito (havendo rol exemplificativo de suas hipóteses). Aliás, ressalte-se que, até mesmo, entidades públicas e privadas (art. 5º) tinham legitimidade para promover o seqüestro e a ação privada caso não fossem ultrapassados 90 dias da apuração do enriquecimento indevido.

Naquela época já se tinha o objetivo de corrigir a falta de ética do servidor público que fazia imperar a imoralidade administrativa, lembrando que as penalidades seriam aplicadas “desde o mais alto mandatário da nação até o mais inexpressivo contínuo de uma repartição pública de qualquer grotão pátrio” (Martins Filho, 2001, p. 164). Embora sejamos forçados a concordar que a utilidade efetiva de normas desta qualidade tenham sido de uma magnitude bastante pequena, ou até mesmo nula.

Em seguida, com o Decreto-Lei Federal nº 359/68 e o Ato Complementar 42/69, chamado de período extrajudicial, época do Golpe de 1964, houve a necessidade de ser reconstruída a moral da nação por meio do combate contra a corrupção que assolava o nosso país. Com essas normas, surgiu a novidade da possibilidade do Presidente da República decretar o “confisco” de bens daqueles que enriqueceram ilicitamente, apenas após a devida investigação, naturalmente sem o prejuízo das sanções penais cabíveis (art. 8º).

Ocorreu a ampliação do conceito de enriquecimento ilícito (incluindo a evolução patrimonial desproporcional) e do âmbito de incidência do “confisco”, atingindo bens tanto de pessoas físicas como de pessoas jurídicas que possuíssem alguma relação com a Administração, seja direta ou indireta – desde que manipulassem dinheiro público. Na verdade, essas normas fizeram uma certa confusão ao preverem o confisco como modalidade de repressão. De fato, a Constituição de 1967 o confundiu (proibido desde a Constituição de 1946) com os institutos do seqüestro e perdimento de bens – os quais seriam os corretamente apli-

cáveis, pois seguiriam os trâmites normais e respeitariam o devido processo legal, não suprimindo etapas da cognição do ato irregular.

Posteriormente, depois de muito tempo sem inovações legislativas no que se refere à improbidade administrativa, o Brasil começou a passar por um período de agravamento quanto aos valores de ética e moral, atingindo o seu cume com a decretação de impeachment da mais alta autoridade da Federação, o Presidente da República Fernando Collor.

Vale lembrar, porém, que já havia sido sugerido, anteriormente, para o Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 146/91 – o qual teve trâmite rápido e ágil, culminando na Lei nº 8.429/92. De certa forma, possui um texto claro e direto, mas poderia ser mais bem elaborado, visto quase não ter passado por debates públicos; o que é um ponto negativo.

A lei ampliou a noção de agente público, atribuiu tarefa investigatória ao Ministério Público, previu multa como sanção, afastamento do agente durante a investigação por cautela etc.

Um ponto importante acerca da Lei nº 8.429/92 é o concernente à idéia de que seria inconstitucional formalmente (por vício no processo legislativo), indo de encontro ao princípio da bicameralidade. O argumento dos defensores desta tese não deve prevalecer; o que realmente aconteceu foi que o Senado Federal não rejeitou o projeto, mas apenas o aprovou com emendas substitutivas, retornando à Câmara de Deputados (onde tem início a avaliação dos projetos de iniciativa do Poder Executivo), sendo parcialmente acolhidas as emendas do Senado, e enviado para o Presidente da República para sanção. Portanto, não prospera o argumento de vício de inconstitucionalidade formal.

Por fim, necessário explicitar que a lei é nacional e se aplica a todos os níveis de governo (municipal, distrital, estadual e federal) e a todos os Poderes, regulamentando a responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa e disciplinando o seu processamento.

4. Sujeitos ativos da Lei nº 8.429/92

Convém ressaltar quem são os destinatários dos dispositivos constantes da Lei nº 8.429/92: os arts. 1º e 2º são extremamente claros ao incluir no âmbito de incidência da Lei de Improbidade Administrativa todo e qualquer agente público, seja servidor ou não.

Aliás, como se vê com a ligeira leitura dos dispositivos acima, o conceito, em comparação com o ordenamento anterior, foi assaz ampliado, incluindo sujeitos que não eram passíveis de punição. Desta feita, chega-se rapidamente à conclusão de que não apenas os servidores públicos stricto sensu responderão por seus atos de improbidade, mas toda e qualquer pessoa que de alguma forma induza ou concorra para a conduta ou dela se beneficie, seja direta ou indiretamente.

Ora, quis o nosso legislador, àquela época, moralizar

a Administração brasileira que vivia, e infelizmente ainda vive, com um câncer chamado corrupção, que assola até as mais profundas bases de nossa sociedade.

Contudo, a despeito da evolução do nosso ordenamento, em recentes julgados do STJ e do STF, o rol dos sujeitos que poderiam sofrer as conseqüências da lei foi qualitativa e significativamente diminuído em razão do julgamento da Reclamação nº 2138-DF.

Nesta ação, nossa egrégia corte decidiu por excluir do âmbito de abrangência da Lei nº 8.429/92 os agentes políticos – que são passíveis de serem réus em processos correspondentes a crimes de responsabilidade, cujos tipos estão disciplinados em normas especiais.

De fato, nossa sociedade civil organizada recebeu com muita estranheza tal decisão.

Ora, quem são os maiores responsáveis pelo cometimento dos atos de corrupção? São exatamente aqueles que se encontram no cérebro da máquina pública. Eles são os cabeças de todo o sistema de malversação dos bens públicos. Mesmo que não sejam os responsáveis diretos pela destinação dos recursos (em razão da extrema delegação de suas funções), ainda assim devem fiscalizar os atos de seus mandatários, principalmente aqueles que estão em exercício por causa de nomeações para funções de confiança e cargos de em comissão, os quais são de livre exoneração.

Contudo, devemos ressaltar o mérito de alguns dos Ministros que se opuseram e foram votos vencidos. Vejamos trecho do que fora publicado no Informativo nº 471 do STF:

(...) Vencidos, quanto ao mérito, por julgarem improcedente a reclamação, os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello, estes acompanhando o primeiro, Sepúlveda Pertence, que se reportava ao voto que proferira na ADI 2797/DF (DJU de 19.12.2006), e Joaquim Barbosa. O Min. Carlos Velloso, tecendo considerações sobre a necessidade de preservar-se a observância do princípio da moralidade, e afirmando que os agentes políticos respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados nas respectivas leis especiais (CF, art. 85, parágrafo único), mas, em relação ao que não estivesse tipificado como crime de responsabilidade, e estivesse definido como ato de improbidade, deveriam responder na forma da lei própria, isto é, a Lei 8.429/92, aplicável a qualquer agente público, concluía que, na hipótese dos autos, as tipificações da Lei 8.429/92, invocadas na ação civil pública, não se enquadravam como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079/50 e que a competência para julgar a ação seria do juízo federal de 1º grau. Rcl 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.6.2007.

O Min. Joaquim Barbosa, no mesmo Informativo de número 471, ressaltava-se, acreditava que eximir os agentes políticos da Lei de Improbidade Administrativa poderia criar uma situação funesta de quebra aos princípios isonômico e republicano – o que causaria um manifesto retrocesso institucional. Além de estar apoiado sob esta tese, ainda propugnou a inconstitucionalidade da criação de mais uma

hipótese de competência original do STF pela simples manifestação hermenêutica ampliativa não-expressa na nossa Carta Magna.

Aliás, a própria constituição brasileira é clara ao afirmar que as responsabilidades civil, administrativa e penal não se confundem, podendo ser aplicadas independentemente das outras cominações legais.

Em correspondência com esta situação, observe-se a afirmação de Marcelo Figueiredo (1995, p. 24):

As imunidades devem sempre resguardar a pessoa indiretamente, e diretamente o órgão a que representa. No Brasil, infelizmente, até o momento, as imunidades e prerrogativas têm servido de anteparos à legítima punição que merecem todos aqueles que atentam contra a Constituição, as leis e a moralidade pública.

Pois bem, tornam-se cada vez mais descaradas as atitudes dos políticos que têm a confiança de que jamais poderão ser responsabilizados por seus atos de improbidade.

É a crença de que o Poder Judiciário não irá julgar os processos e que os mesmos prescreverão antes da análise do mérito. E, caso sejam conhecidos, não serão condenados.

Nesse sentido, a Justiça, em sua primeira instância, tem feito o possível para o correto empenho das nossas normas, mas, ao que parece, tudo vem por terra na hora em que os nossos tribunais superiores se posicionam para a interpretação da lei.

A última gota aconteceu quando, julgada a reclamação referida, o STF decidiu por excluir representativa parcela dos irresponsáveis da incidência da Lei de Improbidade Administrativa quando da análise do caso do Ministro Sardemberg, que foi surpreendido viajando para a ilha turística de Fernando de Noronha em aviões da Força Aérea Brasileira.

Observemos trechos do acórdão da Reclamação nº 2138-DF:

(...) A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, "c", (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). (...) Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, "c"; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). (...) Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo

Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, "c", da Constituição. (...)

Portanto, frente a este julgamento, os demais órgãos do Poder Judiciário se vêem acanhados de contrariar entendimento do Pretório Excelso ao dispor de maneira diferente – o que emperra a atuação de juízes fiéis às leis.

Diante disso, nossa sociedade civil organizada se manifestou veementemente contra o posicionamento, porém, até agora, o STF não procurou categoricamente rever seu precedente em outros julgamentos.

Destarte, juntando a Lei nº 1.079/1950 e o Decreto-lei nº 201/1967, que definem os crimes de responsabilidade de diversos representantes, temos diversas figuras que escapariam da incidência da Lei de Improbidade Administrativa em manifesto equívoco do nosso Pretório Excelso.

Saliente-se: as esferas criminal e civil não devem se confundir, lembrando que as penalidades (sanções) impostas por uma não excluem a da outra.

5. Crimes de Responsabilidade X Atos de Improbidade Administrativa

Começamos este item, para efeitos meramente didáticos, partindo da errada premissa, defendida pelo STF, de que não deveria haver a possibilidade dos agentes políticos serem alcançados pela Lei nº 8.429/92, haja vista já estarem sujeitos aos crimes de responsabilidade delineados pela Lei nº 1.079/50 e pelo Decreto-Lei nº 201/67.

Pois bem, concordamos totalmente com o argumento de que não poderíamos submeter a mesma pessoa às mesmas penas pelos mesmos atos ilícitos – isto significaria um bis in idem proibido por nossas leis e rechaçado por todo e qualquer ordenamento jurídico sensato deste mundo.

Ocorre que as esferas das quais estamos tratando são apartadas e não influenciam, em todos os casos, umas nas outras. Mas, esqueçamos por um momento essa diferenciação e acreditemos que o que importa são os conceitos delineados nas leis independentemente de serem de natureza civil, penal ou administrativa.

Ainda que fizéssemos isso, não poderia o nosso eminente STF ter ampliado as condutas das leis que se referem aos crimes de responsabilidade a todas as condutas a que a nossa simples e direta LIA faz referência.

Ora, como nós deveríamos entender um bis in idem quando na verdade não há qualquer relação entre a maioria das situações esposadas?

Mesmo com uma rápida leitura dos arts. 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa, podemos desde já afirmar que inúmeras possibilidades de transgressão não estão incluídas no rol daquelas normas dos crimes de responsabilidade. Portanto, diante de fato tão claro, já podemos entender a aplicabilidade, pelo menos, da LIA naquilo que não for evidenciado como conduta delituosa pela Lei nº 1.079/50 ou pelo Decreto-Lei nº 201/67.

Considerando a Lei nº 1.079/50 (pouco mais extensa que o Decreto-Lei nº 201/67), observamos que apenas no art. 9º, em seus meros sete itens, a norma faz referência a atos de improbidade na condução da Administração. E, com absoluta certeza, estas situações não abarcam todas as hipóteses possíveis da lei de improbidade; ressalte-se que nesta o rol é expressamente apenas exemplificativo – o que pode aumentar sobremaneira as espécies de manifestação do mau administrador.

Aliás, este último artigo acima apenas deveria ser considerado para o Presidente da República e seus Ministros e para os Governadores e seus Secretários, estando os demais sujeitos ativos da lei (magistrados e membros do Ministério Público) apenas na vala incerta do que dispõe o art. 39, nº 5, e o art. 40, nº 5: "proceder de modo incompatível com a honra, dignidade e decoro de suas funções". Inclusive, saliente-se que a tipificação de um crime não pode ser de tal forma demasiado aberta – mais uma razão para demonstrar sua inutilidade total.

Por outro lado, o Decreto-Lei nº 201/67, que trata dos crimes de responsabilidade cometidos pelos prefeitos e vereadores, estabelece as suas condutas puníveis nos artigos 1º e 7º, respectivamente.

Dessa forma, já encontramos uma primeira falha do nosso Supremo intérprete.

Mas a questão não pára por aí. Além do fato de ter alargado condutas inexistentes para impedir a aplicação de uma outra lei, a Corte Constitucional quis que esse entendimento fosse para todos os agentes políticos.

Ora, os crimes de responsabilidade não são aplicáveis a todos os agentes políticos, mas apenas a parcela destes. Aliás, existem crimes de responsabilidade que são aplicáveis a sujeitos ainda mais restritos ainda; na Lei nº 1.079/50 a maioria dos tipos são apenas do Presidente da República; enquanto que o Procurador-Geral da República, os Governadores etc possuem uma gama bastante mais restrita de tipos do que a do Chefe do Poder Executivo.

Para aclarar melhor a questão, necessário fazer uma pequena digressão para expressar o que alguns autores chamam de agente político.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 238):

Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e os Vereadores.

Lembremos o conceito que Hely Lopes Meirelles (2003, p.75) deu – o qual seguiremos:

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais.

Nesse sentido, mais a frente, Meirelles categoricamente inclui os Chefes do Executivo e seus auxiliares imediatos, os membros das Corporações Legislativas, os membros do Poder Judiciário, os membros do Ministério Público, os membros dos Tribunais de Contas, os representantes diplomáticos e demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase-judiciais, estranhas ao quadro do serviço público. Observe que este conceito é muito mais extenso do que o de Celso Antônio – o que poderá aumentar ou restringir o âmbito de incidência da lei, dependendo de qual definição o Pretório acolher.

Enfim, muitos desses aqui demonstrados sequer são capazes de cometer um crime de responsabilidade, pois não fazem parte da hipótese abstrata delineada pelo Congresso Nacional. Então, por qual motivo afastá-los da hipótese de incidência das normas da Lei de Improbidade Administrativa? Talvez interesses obscuros estejam sendo defendidos à custa da moralidade completa da Administração Pública.

Continuando, acabando de exprimir um segundo motivo para a procedência de nossos argumentos, é chegada a hora de abandonarmos aquela premissa imposta no início deste capítulo.

Reiteramos que a nossa Constituição da República Federativa do Brasil deve ser o texto base para qualquer interpretação que queiramos efetuar com relação ao nosso ordenamento.

O que deveríamos entender quando ela diz que os atos de improbidade serão punidos **sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, §4º, CR/88)?**

A situação é óbvia e não comporta maiores elucubrações fantasiosas. O dispositivo supra-referido de nossa Constituição deixa evidente que naquela Lei nº 8.429/92 podemos encontrar diversos tipos de sanções possíveis e imagináveis (políticas, civis, administrativas), **exceto sanções penais**. Estas serão tratadas em normas próprias, haja vista se tratarem de hipóteses mais sérias e restritivas quanto à individualidade das pessoas, seja no Código Penal Brasileiro, seja em outras leis específicas. Pois bem, a Lei de Improbidade não trata de Direito Penal quanto às suas condutas.

Porém, nada impede que uma única conduta possa ter reflexos nos mais diversos âmbitos. Ao mesmo tempo um sujeito pode cometer um crime e vir a ser réu em um processo civil para a configuração de danos morais, dentre outros.

Observemos o caso de um servidor que comete o delito de peculato-furto. Ele poderá, a depender das circunstâncias, vir a ser preso, condenado a devolver o fruto

do ato ilícito, pagar multa e ainda ser demitido do serviço público. Ao final disso tudo, terá respondido nas três esferas. Lembrando que há casos em que até os direitos políticos podem ser perdidos ou suspensos, acrescentando mais uma área de atuação da sociedade na repressão dos fatos repudiados por nossa nação.

Dessa forma, o fato de uma conduta ser disciplinada pela lei dos crimes de responsabilidade, não afasta a incidência de outros tipos de penalidades.

Em síntese: 1) as penalidades impostas pela Lei de Improbidade Administrativa não podem ser substituídas por aquelas determinadas nas leis que tratam sobre os crimes de responsabilidade em razão da independência destas instâncias; 2) nem todos os agentes políticos são passíveis de cometer crimes de responsabilidade – o que caracterizaria uma extensão ilícita das benesses de certas autoridades para todos aqueles demais agentes políticos; 3) por fim, os crimes de responsabilidade definem apenas restritamente algumas atitudes que também se enquadrariam como ato de improbidade administrativa, não se referindo ao amplo rol exemplificativo da LIA – isso poderia possibilitar que as altas autoridades fossem imunes a sanções referentes a atitudes diversas das expressas como crimes de responsabilidade.

6. Natureza jurídica da sanção e prerrogativa de foro

A natureza jurídica das sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa não é pacífica. Uns acreditam (a maioria) que a natureza é cível. Neste primeiro plano estão vários autores, destacando-se Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves.

Do outro lado, estão Vanderlei Aníbal Júnior e Sérgio Roxo Fonseca (“Natureza penal da sanção por improbidade administrativa”) e Sebastião Botto de Barros Tojal e Flávio Crocete Caetano (“Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa”), assim como outros autores que estão aderindo à teoria da natureza penal das sanções previstas na Lei nº 8.429/92.

Ademais, existe uma outra corrente que procura entender que apenas parcela das sanções supra-referidas tem natureza penal (ecletismo que demonstra a tentativa de adequar as duas primeiras teorias numa só). Sendo inexpressiva e insegura a teoria eclética da natureza das sanções da LIA, descabem maiores comentários além da sua mera referência.

À primeira vista, essa diferenciação pode parecer não muito importante – o que está errado. É de suma importância para a caracterização da competência para o julgamento desses ilícitos.

A grosso modo: ilícitos civis importam na competência do juízo monocrático – de primeiro grau – e ilícitos penais na prerrogativa de foro para autoridades discriminadas nas Constituições Federal e Estaduais.

Dessa forma, tendo em vista a aplicação de sanções, percebe-se a relevância da discussão sobre a natureza jurídica.

Pois bem, comecemos pela teoria minoritária da natureza penal.

Segundo os seus defensores, mormente os autores Vanderlei Aníbal Júnior e Sérgio Roxo Fonseca (2006), a ação civil teria como condão a simples função de satisfazer o seu autor em razão dos verbos “dar”, “fazer” ou “não fazer”, enquanto que a ação penal tem como escopo a apenação de um determinado sujeito, impondo-lhe, além da restrição normal a que está sujeito, um possível ressarcimento dos prejuízos provocados – não sendo este o principal motivo norteador da ação.

In verbis (Aníbal Júnior, 2006, p. 12):

Afora as penas de cunho patrimonial, temos que a maioria das sanções adotadas para o ilícito em voga restringem direitos dos cidadãos. Direitos do mais amplo grau de proteção constitucional. (...) Como visto, atingem determinados bens que comprometem, inclusive, a própria dignidade da pessoa humana e, antes disso, não podem, tais sanções, ficar ao livre alvedrio do direito civil. Atingem bens maiores dos seres humanos, princípios e valores resguardados constitucional e legalmente aos quais não pode ser dado o mero caráter patrimonialista desejado por muitos.

De acordo com esse entendimento, estes autores inclinam-se a determinar que a outra teoria (a civil) é a predominante somente por causa de não haver tantas autoridades sujeitas aos ditames dos Tribunais e pela falta de coragem de alguns defensores da justiça social em peitá-los. Tal ocorrência faria com que, disfarçadamente, os intérpretes concluíssem pela natureza cível.

Ainda, as penas impostas seriam bastante restritivas para determiná-las apenas como cíveis, sem falar da aplicação subsidiária de certos princípios, como a presunção de inocência.

Apesar dos argumentos terem certa substância, acredito que os mesmos não prevalecem, tendo havido um equívoco dos seus defensores – não passando de mera retórica e sem argumentos técnicos, motivo pelo qual entendemos (e a maioria da doutrina) a tese que lhe é contrária e que passamos a expor.

Do outro lado, temos a teoria da natureza cível, apoiada pela maior parte dos autores e, hoje, pacífica na jurisprudência.

Segundo Emerson Garcia (2002), inúmeros motivos existem para confiarmos na idéia de que a sanção possui natureza extra-penal. O primeiro é retirado da própria Constituição da República que, em seu art. 37, §4º, assevera que:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação

penal cabível.

Ora, se a aplicação daquelas penalidades não excluem a ação penal cabível, em simples hermenêutica já podemos dizer, sem medo, que a natureza é a cível.

Não devemos parar por aqui, apesar de já ser bastante convincente. O art. 12 da Lei nº 8.429/92 expõe as penalidades cabíveis, “independentemente das sanções penais”.

As condutas descritas nos artigos 9º a 11 da LIA descrevem, em *numerus apertus*, as condutas passíveis de se enquadrar no tipo definido, sem prejuízo de outras que venham a se assemelhar com tais atitudes. Isso vai totalmente de encontro aos preceitos básicos do Direito Penal; este, por ser muito mais severo, exige que o cidadão saiba claramente quais são as hipóteses possíveis de repressão estatal sob a sua pessoa, inexistindo norma completamente em branco neste ramo do direito.

Neste sentido, diz o autor expressamente: “a utilização do vocábulo ‘pena’ no art. 12 da Lei nº 8.429/92 não tem o condão de alterar a essência dos institutos, máxime quando a similitude é meramente semântica” (Garcia, 2002, p. 340).

Continuando, o art. 22 da LIA faz referência à possibilidade de instauração de inquérito policial para a apuração dos acontecimentos, mas permite também a adoção do procedimento administrativo. Afora isso, mesmo que não esteja escrito, entende-se que tal não afasta o uso do inquérito civil da Lei nº 7.347/85, caso seja necessário para a colheita de elementos suficientes em razão de diversas sanções cabíveis.

Além do elencado por Emerson Garcia, complementa-se o fato de que o art. 17 da Lei nº 8.429/92 enseja tanto a proposição da ação civil pelo Ministério Público como pela pessoa jurídica interessada. Neste ponto, não há a menor dúvida de que não se trata de aplicação de sanção penal. Não fosse o cabimento da queixa-crime, em nenhuma outra hipótese haveria a possibilidade do início de uma ação penal que não fosse intentada pelo Parquet.

Assim, o simples fato de fazer uso de alguns dos princípios da matéria criminal não determina esta natureza para este tipo de processo, em verdade apenas possibilita maior amplitude louvável de defesa para o cidadão.

Superada esta fase, verificamos que a classificação da natureza influenciará diretamente no foro competente para julgar as ações de improbidade administrativa.

Caso o nosso ordenamento tivesse seguido a linha dos autores que defendem a natureza penal, dúvida não restaria, por expressa afirmação de nossa Carta Magna, que certas autoridades teriam foro privilegiado para a instauração e persecução criminal. Exemplo desta “prerrogativa” é o caso dos prefeitos municipais serem julgados perante o Tribunal de Justiça por crimes comuns, os deputados federais serem julgados pelo STF, os vereadores poderem ser julgados pelo TJ (a depender da Constituição Estadual) etc.

Aderindo à teoria da natureza cível das sanções dos atos de improbidade administrativa, os nossos julgadores reconhecem que o foro competente para tratar dessas ações é o juízo de primeira instância.

Pode ser quem for, o Presidente da República, um Ministro do STF, um Promotor de Justiça, um Deputado estadual, o Advogado-Geral da União, caso possuam processos de natureza cível, estes serão julgados por simples juízes monocráticos.

Fazendo uma pequena comparação, observe-se que na ação popular (Lei nº 4.717/65), em situação bastante similar, segundo orientação do STF, o foro por prerrogativa de função não atinge o órgão competente para instruir e julgar estes processos. Ou seja, os tribunais brasileiros não têm competência originária, mas somente recursal.

Em contrapartida, mesmo estando a jurisprudência pacífica, a Lei nº 10.628/02 alterou o caput do art. 84 do Código de Processo Penal e ainda fez-lhe incluir dois parágrafos, determinando uma espécie esdrúxula de foro privilegiado.

Felizmente, nosso Pretório Excelso não vacilou e entendeu (ainda que simplesmente por mero vício formal) que os mesmos eram inconstitucionais, conforme julgamento da ADIn 2767.

Aliás, este escândalo do legislador foi motivo para muitas manifestações de reprovação por parte de diversas entidades.

Na Revista Cidade Nova do mês de Agosto de 2007 (páginas 20 e 21), o magistrado Carlos Aurélio Mota de Souza, após retratar opinião do saudoso Rui Barbosa, fez uma fervorosa crítica à imotivada tentativa do Poder Legislativo em querer blindar os seus membros e outras autoridades das garras do Poder Judiciário. Em verdade, o que eles querem é serem julgados pelos tribunais, principalmente os superiores – sinônimo de absolvição ou prescrição. Além disso, em razão dos incontáveis processos que os ministros recebem:

os números demonstram ser impraticável haver julgamentos rápidos e justos nessas tribunais [STF e STJ], em que o 'foro privilegiado', em virtude das regras processuais de prescrição e outras causas, acaba se tornando foro da impunidade penal e irresponsabilidade. (Souza, 2007, p. 21)

O Ministério Público Federal, em nota à imprensa datada de 31.05.2007, manifestou-se a favor da Associação dos Juízes Federais do Brasil e repudiou a Lei nº 10.628/02, a qual tentava reanimar o posicionamento do STF que já havia cancelado a sua Súmula 394. Sendo a lei considerada inconstitucional, em esdrúxula tentativa de reiterar o argumento, foi proposto o Projeto de Emenda à Constituição nº 358/2005 tentando instituir "foro privilegiado para ex-ocupantes de cargos públicos, como também em relação às ações judiciais por ato de improbidade administrativa da

Lei nº 8.429/92".

No Informativo do TRF da 5ª Região de Agosto de 2007, o Juiz Federal Élio Wanderley, em entrevista concedida, declarou: "alargar a prerrogativa é um retrocesso no controle da gestão pública. O foro privilegiado, na essência, é uma 'brecha' jurídica, que aposta na ineficiência do Judiciário".

Enfim, que medo é este que as altas autoridades possuem dos humildes juízes monocráticos? Seriam eles tão tendenciosos a condená-los?

Como dito pelo magistrado supra, os legisladores são confiantes nas decisões favoráveis dos desembargadores e ministros, mas têm medo de juízes jovens e corajosos em efetivar o direito.

7. Conclusão

Conforme foi visto, acreditamos que os nossos legisladores e ministros do STF não estando agindo com a liberdade e a imparcialidade esperada ao tentar por todas as formas impedir que as altas autoridades possam ser penalizadas pela Lei nº 8.429/92.

A idéia inicial que fez com fosse criado o instituto do foro privilegiado foi a presunção de que as pessoas mais importantes num país poderiam vir a impressionar ou influenciar com todo o seu poder as decisões dos juízes de primeira instância (os competentes para julgar questões que não tratem de matéria penal – para aqueles que têm foro privilegiado). Contudo, este ponto de partida foi desvirtuado, fazendo aquelas personalidades questão de serem processadas nas mais altas cortes do país, onde haveria a idéia de maior liberdade de atuação. Em verdade, sabe-se que não foi este o motivo ensejador; possuir um processo nos tribunais superiores significa, como já dito antes, impunidade.

Enfim, já foi também superada essa idéia: realmente só há foro privilegiado para as ações penais, o que não é o caso das sanções da Lei de Improbidade Administrativa.

Como foi delineado no texto, a todo custo tentaram se esquivar de sua aplicação, culminando com o precedente da Corte Maior em sede de Reclamação – fato que direcionará os julgamentos vindouros no âmbito do Poder Judiciário. Por causa disso, somente o STF pode voltar atrás de sua decisão e proferir outra que lhe seja de encontro. Assim, poderíamos ter a feliz sensação de que a lei serve para todos.

Apesar disso, de acordo com a análise pormenorizada do tema, não há uma fundamentação sólida que sustente a tese apreciada pelo STF.

Dessa forma, imprescindível entender o caminho percorrido pelos intérpretes de nossa legislação: primeiro tentaram dar uma feição penal às sanções da LIA para fazer valer o foro privilegiado para determinadas autoridades sem maiores problemas. Não tendo essa história angariado

muitos defensores, intentaram por meio da Lei nº 10.628/02 conferir o foro especial diretamente aos sujeitos passivos da Lei de Improbidade; contudo fora refutada e considerada inconstitucional por extrapolar competência que somente poderia ser determinada por meio de dispositivo expresso da Constituição da República. Ciente disso, o constituinte derivado preparou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 358/2005) com o intuito de fazer valer até as últimas possibilidades os seus anseios. Felizmente a sociedade civil organizada, que citamos em momentos esparsos, mostrou com bastante força o que achava da situação, impedindo a continuação da tramitação (embora, lembre-se que a proposta não foi definitivamente arquivada).

Por fim, o STF acabou acolhendo aquela tese de que os agentes políticos não são sujeitos passíveis de sofrer as sanções da LIA por entender que já sofrem os ditames esposados pelas leis que instituíram os crimes de responsabilidade.

Diante disso e consoante o caminho percorrido no trabalho, findamos por concluir que as instâncias civil e penal são separadas, não podendo uma excluir a outra. Caso isso não seja seguido pelo aplicador do direito, deve-se ao menos lembrar que não são todos os agentes políticos que são enumerados como sujeitos aos crimes de responsabilidade, restando ainda ampla gama de personalidades aos quais não incide. Se ainda assim o julgador teimar por não lhes aplicar o direito correto, saliente-se que não são todas as condutas coincidentes nas duas esferas.

Porém, as expectativas são boas e já podemos contar com pelo menos alguns precedentes – o que já é um começo para revertermos as fantasiosas decisões. Eis a apreciação de pedido de medida liminar da Reclamação nº 6254 (Relator Min. Celso de Mello):

(...) Esses entendimentos não são aplicáveis ao caso em questão, no qual se têm ações civis públicas por improbidade administrativa contra Deputado Federal, que não se submete ao regime especial de responsabilidade político-administrativa previsto na Lei nº 1.079/1950. (...) (DJ 15 jul 2008)

Com relação ao órgão competente, o STF também vem modificando o entendimento. Vejamos trecho da Ementa do julgamento do Agravo regimental em Agravo de Instrumento nº 653882 (Relator Min. Celso de Mello):

(...) ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.429/1992, POR MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA, A AGENTES POLÍTICOS QUE DISPÕEM DE PRERROGATIVA DE FORO EM MATÉRIA PENAL. (...) Esta Suprema Corte tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. (...) Precedentes. (DJ 15 ago 2008)

A restrição que o STF vem fazendo à aplicação daquele entendimento por nós atacado também é animador. Neste caso, em relação ao Prefeito (Rcl-MC-AgR 6034, Relator Min. Ricardo Lewandowski):

(...) III - Na espécie, trata-se de prefeito municipal processado por atos de improbidade administrativa que entende ser de competência originária do Tribunal de Justiça local, e não do juiz monocrático, o processamento e julgamento do feito. IV - Não há identidade material entre o caso sob exame e as decisões invocadas como paradigma. (...) (DJ 29 ago 2008)

Assim, à guisa destes julgamentos, percebemos que com a modificação da constituição dos membros da Corte e com a entrada de novos Ministros, o entendimento acerca de tal jurisprudência poderá se alterar. Enfim, estamos esperançosos na mudança que vai trazer de volta a moralidade para a Administração pública.

Bibliografia

ADEODATO, João Maurício. Ética e retórica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cássio Scarpinella e FILHO, Pedro Paulo de Rezende Porto (Orgs.). Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

ANÍBAL JÚNIOR, Vanderlei e FONSECA, Sérgio Roxo. Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. Disponível em <jus.uol.com.br>. Acesso em 29 maio 2007, 1-17, 2006.

ARAS, Vladimir. Obtenção de foro especial e improbidade administrativa. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 30 jun. 2007, 1-5, 2002.

BRASIL. Ministério Público Federal. Nota à imprensa: MPF/PE se manifesta contra a PEC nº 358/2005. Disponível em: <noticias.pgr.mpf.gov.br>. Acesso em 04 jun. 2007, 1-2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº 456649/MG. Rel. Min. Luiz Fux, DJ 05 jun. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 471. 11 a 15 jun 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2138. Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 17 abr. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 6254. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15 jul. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 6034 (Rcl-MC-AgR). Relator Min. Ricardo Lewandowski, DJ 29 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 653882. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 15 ago. 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região. Foro

Privilegiado: entrevista com o juiz federal Élio Wanderley. In: TRF Notícias, Recife, Ano I, nº 1, p. 2, ago., 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. A corrupção na Administração Pública no Brasil. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 20 jun. 2007, 1-9, 2003.

D'ANGELO, Élcio e D'ANGELO, Suzi. O princípio da probidade administrativa e a atuação do Ministério Público. Campinas, SP: LZN, 2004.

DAHER, Marlusse Pestana. Improbidade administrativa. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 29 mai. 2007, 1-4, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. São Paulo: Malheiros, 1995.

FILHO, Marino Pazzagliani e ROSA, Márcio Fernando Elias e JÚNIOR, Waldo Fazzio. Improbidade administrativa. Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. São Paulo: Atlas, 1997.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Improbidade administrativa com improbidade legislativa. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 20 jun. 2007, 1-2, 2000.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

GARCIA, Emerson. Legalidade da medida de indisponibilidade dos bens adquiridos antes da vigência da Lei nº 8.429/92. Ressarcimento dos danos causados ao Erário. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 20 jun. 2007, 1-6, 2001.

_____. O processo constitucional alemão e a atuação do Ministério Público. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 04 jun. 2007, 1-6, 2006.

_____. Ministério Público. Organização, atribuições e regime jurídico. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação de improbidade administrativa. Decadência e prescrição. Interesse Público, Porto Alegre, ano 7, n. 33, p. 53-82, set./out. 2005

GUASQUE, Luiz Fabião e GUASQUE, Denise Freitas Fabião. O Ministério Público e a sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

HARADA, Kiyoshi. Ato de improbidade administrativa. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 30 mai. 2007, 1-7, 2000.

JÚNIOR, Vanderlei Aníbal e FONSECA, Sérgio Roxo. Natureza penal da sanção por improbidade administrativa. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 29 mai. 2007, 1-21, 2006.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade administrativa. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007.

MILARÉ, Edis (Org.). Ação civil pública. Lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Luiz Gonzaga Pereira. Os agentes políticos e a sua responsabilização à luz da Lei nº 8.429/92. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 20 jun. 2007, 1-7, 2006.

NETTO, André Luiz Borges. Improbidade administrativa: inconstitucionalidade da Lei 8429/92. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 30 mai. 2007, 1-4, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade administrativa. Observações sobre a Lei 8.429/92. Porto Alegre: Editora Síntese Ltda, 1997.

_____. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Improbidade administrativa: reflexões sobre laudos periciais e desvio de poder em face da Lei federal nº 8.429/92. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 30 mai. 2007, 1-51, 2005.

PRADO, Francisco Octavio de Almeida. Improbidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 155.

RODRIGUES, Raimilian Seneterri da Silva. Ação de improbidade administrativa: competência e prerrogativa de foro. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 13 jun. 2007, 1-9, 2003.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Foro privilegiado e impunidade. In: Cidade Nova, São Paulo, Ano XLIX, nº 8, Exemplar 496, pp. 20 e 21, ago., 2007.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros e CAETANO, Flávio Crocche. Competência e prerrogativa de foro em ação civil de improbidade administrativa. In: BUENO, Cássio Scarpinella e FILHO, Pedro Paulo de Rezende Porto (Orgs.). Improbidade Administrativa. Questões Polêmicas e Atuais. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. A prescrição e a lei de improbidade administrativa. Disponível em: <jus.uol.com.br>. Acesso em 14 jun. 2007, 1-8, 2003

CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE

Teodomiro Noronha Cardozo

Doutor em Direito pela UFPE. Professor da Unicap e da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Professor da Pós-graduação da UFPE e da ESA/OAB-PE. Juiz de Direito.

1. Origem do controle de constitucionalidade

O atual modelo de controle de constitucionalidade originou-se nos Estados Unidos, fruto de decisão da Suprema Corte no célebre caso *Marbury v. Madison*, no século XIX. O Presidente John Adams derrotado para a reeleição da casa branca nomeou correligionários para o exercício de funções públicas estratégicas. Como forma de manter sua hegemonia no poder judiciário, já que havia perdido o poder político para os republicanos, no apagar das luzes de seu governo, nomeou William Marbury para exercer o cargo de juiz de paz no Condado de Washington, DC.

James Madison, Secretário de Estado, do novo Presidente eleito, negou-se a dar posse a Marbury, justificando que o novo Governo não estava obrigado a cumprir as nomeações do Governo anterior, posto que não efetivadas por esquecimento do então Secretário de Estado de Adams. Irresignado, Marbury impetrou na Suprema Corte um *mandamus of writ* objetivando a garantia da posse no referido cargo.

Marshall, *Chief of Justice* da Suprema Corte, em decisão inédita, criou um mecanismo de controle da Constituição pela via judicial. Ele decidiu que o pleito de Marbury era legítimo, todavia, declarou a inconstitucionalidade da lei estadual que assegurava o direito à posse e por isso Marbury não tomou posse no cargo.

A famosa decisão de Marshall revolucionou a história do constitucionalismo moderno, como marco decisório para estabelecer a supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, reconhecendo ao Poder Judiciário o controle de leis e atos normativos do Poder Público por meio do mecanismo denominado *checks and balance*. A partir desse marco histórico todo ato do Congresso contrário à Constituição deverá ser declarado nulo, inválido ou ineficaz (*null and void and no effect*).¹

A partir da querela *Marbury x Madison* – confirmou-se a supremacia da Constituição – pelo controle total dos atos dos poderes constituídos, outorgando ao Poder Judiciário,

na solução de casos concretos, a interpretação da *Magna Charta*, objetivando a adequação e a compatibilização de atos normativos do Poder Público às normas superiores da Constituição.²

2. Sistemas de controle de constitucionalidade.

A técnica de controle instituída por Marshall foi importante para a consolidação da jurisdição constitucional, por meio de três sistemas, a saber: 1) político, 2) jurisdicional e 3) misto.

O controle político de inconstitucionalidade é entregue a órgãos de natureza política como o próprio Poder Legislativo, solução predominante na Europa do século passado; a um órgão especial, como o *Presidium do Soviete Supremo* da Ex-URSS e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa.

Já o controle jurisdicional é o mais comum hoje em dia, denominado de *judicial review* nos Estados Unidos da América do Norte, sendo definido como a faculdade que as Constituições consagram ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos emanados do Poder Público, cujo controle é exercido formal e materialmente.

Por fim, o controle misto ocorre quando a Constituição submete certas categorias de controle de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, a exemplo da Suíça, em que as leis federais se submetem ao controle político da Assembléia Nacional e as leis locais ao controle jurisdicional.³

Com efeito, na Áustria o controle de constitucionalidade não se originou de um caso prático como o modelo norte-americano. O modelo austríaco surgiu da elaboração teórica de Hans Kelsen diante da necessidade de garantir a supremacia da Constituição. A grande diferença entre os dois modelos reside na perspectiva da titularidade da declaração de inconstitucionalidade.⁴

O controle de constitucionalidade na Áustria englobava as leis oriundas do Parlamento e os decretos editados pelas altas autoridades administrativas com força de lei. Antes da Constituição Austríaca de 1920 as decisões da Corte Ordinária mais alta – *Oberster Gerichtshof* no que tange à constitucionalidade de uma lei ou decreto não tinha força vinculante sobre as Cortes Inferiores, que poderiam aplicar uma norma declarada inconstitucional pela mais alta Corte.⁵

Assim, no modelo austríaco a tutela da supremacia constitucional incumbe a uma Corte Especial a partir de

1920 – o Tribunal Constitucional austríaco (*Verfassungsgerichtshof*) em substituição à antiga mais alta Corte Ordinária (*Oberster Gerichtshof*). Segundo Kelsen o Tribunal Constitucional se coloca na posição de somente afastar a inconstitucionalidade de uma lei, declarando-a nula, com seus efeitos **ex nunc** e raramente com efeitos **ex tunc**.⁶

3. Controle de constitucionalidade no Brasil.

No Brasil o controle de constitucionalidade das leis tem duas vertentes: a) o controle por via de exceção e o controle por via de ação. O modelo brasileiro, de natureza mista, inspirou-se nas ideias do constitucionalismo norte-americano e austríaco. Para Bonavides tal modelo eclético traduz uma certa evolução institucional que não pode passar despercebida.⁷

3.1. Controle difuso de constitucionalidade no Brasil.

Ruy Barbosa, inicialmente, foi o grande defensor do modelo norte-americano, por meio do qual, qualquer órgão judicial (juízes ou tribunais) tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição.

Todavia, no controle difuso havia uma aproximação ao modelo austro-germânico e em 1965 foi introduzido em solo brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade. Compete ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle difuso por meio de Recurso Extraordinário e de *Habeas Corpus*.

3.2. Controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 manteve os controles difuso e concentrado. Compete ao Supremo Tribunal Federal, por meio do controle concentrado, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição Federal, por meio das seguintes ações:

- a) Ação de Inconstitucionalidade genérica (ADIn);
- b) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC);
- c) Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF);
- d) Ação de Inconstitucionalidade Interventiva;
- e) Ação de Inconstitucionalidade por Omissão.

Com efeito, na redação original da Constituição de 1988 estavam inicialmente previstas a ADIn genérica e a ADPF, aquela plenamente operante, e esta, dependente de norma regulamentadora para viabilizá-la. A ADC foi introduzida no ordenamento pátrio em 1993, por meio da EC-03, firmando a competência do STF.⁸ Todavia, a ADPF só ingressou no ordenamento jurídico por meio da Lei 9.882/99. No mesmo ano, o desenho da ADC e da ADIn ganhou novos contornos com a edição da Lei 9.868.

Destarte, no que se refere à ADIn alguns esclarecimentos devem ser feitos: a Constituição de 1988 ampliou a legitimação para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade de competência do Supremo Tribunal Federal. Antes, apenas o Procurador Geral da República era detentor de tal prerrogativa, *comprometendo a possibilidade de um efetivo e democrático controle de constitucionalidade das leis de interesse do executivo federal*.⁹

Não obstante, o chamado controle difuso, por via de exceção, como controle incidental de constitucionalidade, brota do contexto de uma relação processual, podendo dele lançar mão qualquer das partes que figure no pólo ativo ou passivo, desde que exista uma querela constitucional a ser discutida, inclusive, o juiz ou tribunal tem o poder-dever de reconhecer uma inconstitucionalidade de ofício.

Gilmar Mendes afirma que o constitucionalismo brasileiro passou por mudanças significativas, no que tange à relação que havia entre os controles concentrado e difuso de constitucionalidade. Para o Ministro do STF a ampliação da legitimação para a propositura da ação direta e a criação da ação declaratória fortaleceram o controle concentrado em detrimento do difuso.¹⁰

4. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade – sem redução de texto – nos sistemas direto e incidental.

A Lei 9.868/99 trata do processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, instituindo a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade e a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade, sem redução de texto, com efeito vinculante (art. 28, parágrafo único, da aludida Lei).

De ver-se que a lei apenas autorizou o STF a declarar a inconstitucionalidade com a limitação dos efeitos daí decorrentes. Diante disso, indaga Gilmar Mendes se é possível empregar essa técnica ao controle difuso? Após discorrer sobre a origem de tal controle, afirma Mendes, *in verbis*:

*Tem-se, a nosso ver, adequada solução para o difícil problema da convivência entre os dois modelos de controle de constitucionalidade existentes no Direito brasileiro, também no que diz respeito à técnica da decisão (...).*¹¹

Em outra passagem, sobre os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, na forma do art. 27 da Lei 9.868/99, Mendes reafirma seu posicionamento, argumentando que não há dúvida de que a limitação dos efeitos da decisão é decorrência do controle judicial de constitucionalidade e, por isso mesmo, ele pode ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental de constitucionalidade.¹²

1. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 281.
2. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 207, p. 694.
3. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12 ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 52.
4. TEIXEIRA, João Paulo Alain. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*. Ano 13. n. 27. jan/junho, 2008, pp. 249-269. No mesmo sentido, veja-se Alexandre de Moraes. *Opus citatum*, p. 694. Para este autor o controle dos Tribunais Constitucionais europeus deu-se a partir da crise da democracia representativa.
5. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão por Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 305
6. *Idem, ibidem*. *Conforme Bonavides para possibilitar a segurança jurídica dos atos do poder público e dar tempo ao Governo de editar uma nova lei constitucional*. *Op. cit.*, p. 302.
7. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 293. O controle de constitucionalidade instituído na Constituição de 1891 foi o jurisdicional, sob a influência do modelo dos EUA acolhendo o critério do controle difuso ou por via de exceção, adotado até hoje. José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 53.
8. TEIXEIRA, João Paulo Alain. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*. Ano 13. n. 27. jan/junho, 2008, pp. 249-269 e MENDES, Gilmar Ferreira et alli. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 1.062.
9. TEIXEIRA, João Paulo Alain. *Controle de constitucionalidade no Brasil*. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*. Ano 13. n. 27. jan/junho, 2008, pp. 249-269.
10. MENDES, Gilmar Ferreira et alli. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 1056.
11. MENDES, Gilmar Ferreira et alli. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, p. 1.098-1.099.
12. *Idem, ibidem*.

MANDADO DE INJUNÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Hugo Filardi

Mestrando em Direito Processual Civil na PUC/SP. Bacharel em direito pela Faculdade Nacional de Direito/UFRJ. Advogado.

1. Introdução. 2. Origem do instituto. 3. Diferenças entre o mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade omissiva. 4. Legitimação e Competência. 5. Objeto da tutela. Normas constitucionais de eficácia limitada. 6. Procedimento. 7. Os efeitos da decisão. Análise sobre o prisma da efetividade.

1. Introdução.

A construção do Estado Democrático de Direito como meio garantidor dos direitos fundamentais está intimamente ligada a idéia de efetividade irrestrita das normas constitucionais. Definitivamente não é mais concebível a atuação de normas desprovidas de qualquer aplicabilidade. Estas devem sim guardar direta correlação com os anseios sociais e visando implementar melhores condições da coexistência humana.

Partindo de idéias aparentemente inconciliáveis, o Estado Democrático de Direito surge como ponto inicial da interdependência necessária entre soberania popular e direitos fundamentais. Adotando a concepção de nexos interno entre soberania popular e direitos humanos e intersubjetivismo das relações sociais, o Estado tende a se humanizar e servir como instrumento respeitado, e não meramente imposto, para a regulação da vida em coletividade.

Buscando atender os interesses da sociedade, atribuindo maior carga de efetividade às normas constitucionais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 introduziu dois instrumentos para lidar com as omissões normativas: (i) a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e (ii) o mandado de injunção. O mandado de injunção tem por escopo assegurar aos jurisdicionados a tutela de direitos constitucionalmente assegurados, mas que em princípio se mostram inexecutáveis em virtude da inércia do Poder Público. O mandado de injunção pressupõe a inexistência de normas regulamentadoras de direito assegurado na Constituição da República.

Há de ser ressaltado que o mandado de injunção visa disseminar cidadania, pretendendo-se com sua criação

abrir caminho para superar a inércia do Poder constituinte derivado em favor da efetivação do exercício dos direitos constitucionalmente consagrados. Aliás, sobre os óbices que sempre foram instituídos para frenagem do exercício dos direitos fundamentais, pronunciou-se CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO¹ afirmando com enorme lucidez que “há uma espécie de tradição institucional perversa em nossa história, consistente na sistemática sonegação das condições de exercício de direitos constitucionalmente consagrados, pelo expediente de paralisia das instâncias regulamentadoras – ou, quando menos, da lentidão e da insuficiência da regulamentação congressional”.

Não obstante a importância do mandado de injunção, infelizmente o Supremo Tribunal Federal lhe tem reservado um papel meramente decorativo no âmbito das ações constitucionais, deturpando completamente o objetivo da criação desse *writ*. Ao invés de atribuir carga de concretude à normas constitucionais de eficácia limitada, o Poder Judiciário tem se posicionado pela inócua constituição em mora do poder regulamentador. Funda-se o Supremo Tribunal Federal no princípio da separação de poderes e da democracia² para não entregar a tutela jurisdicional efetiva ao jurisdicionado lesionado pela inércia da atividade legislativa infraconstitucional.

Parece se esquecer o Supremo Tribunal Federal de que a jurisdição constitucional é uma instância de poder contramajoritário, visando coadunar a soberania popular consistente no exercício dos direitos políticos positivos com a defesa dos direitos fundamentais. Nas palavras de GUSTAVO BINENBOJM, “a jurisdição constitucional é, portanto, uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os princípios e direitos fundamentais, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional”.

Sem qualquer sombra de dúvidas, a entrega de tutela jurisdicional substitutiva em caso concreto ao postulante que não pode exercer eficazmente seu direito constitucionalmente assegurado em virtude da omissão de edição de norma regulamentadora, não afeta o princípio democrático, já que está em cabal congruência com o pretendido pelo Poder constituinte originário. A ratio da norma constitucional era justamente, em homenagem ao princípio democrático, possibilitar o exercício pleno e irrestrito dos direitos fundamentais.

Fatalmente também deve ser ultrapassada a visão ultrapassada – típica das revoluções burguesas do século XVIII – de rígida separação de poderes. O Estado moderno, que acaba de assumir sua vertente gerencial, não pode mais conviver com três centros de poder absolutamente estanques. Afinal, a consagração da interdependência e harmonia entre os poderes deflagra o checks and balances, permitindo sim que uma atuação omissiva do legislador seja sanada concretamente a favor do jurisdicionado através de uma decisão judicial.

2. Origem do instituto.

Questão de extrema relevância para definir a efetividade da decisão mandamental proferida em sede de mandado de injunção é justamente delimitar a origem genealógica desse writ introduzido em nosso ordenamento legal pela Constituição da República Federativa do Brasil. Há de ser ressaltado que sob o prisma da acessibilidade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, devemos encarar o mandado de injunção previsto na Constituição de 1988 como um instituto de origem na common law, baseado na equity que oferecia ampla proteção para garantia dos direitos fundamentais.

A injunção no Direito inglês surgiu quando da criação da equity visando dar efetividade plena a tutela jurisdicional, servindo como elemento garantidor do exercício dos direitos fundamentais e atuando como contraponto ao desgaste da Common Law. Justamente com o claro objetivo de legitimar a atuação do Poder Judiciário como aplicador das regras inerentes a um Estado de Direito, a equity veio a delimitar a antes arbitrária e irresponsável interferência estatal nos jurisdicionados. Tornou-se possível crer numa organização social pautada num Estado de Direito onde os jurisdicionados – plebeus ou nobres – possam estar sob a avaliação de um órgão equidistante e exclusivamente interessado na manutenção dos direitos fundamentais, sem que haja prerrogativa de classe ou título.

Diante da rápida exposição histórica, verifica-se que nos dissociamos dos doutrinadores que entendem ser o Mandado de Injunção uma criação especificamente do direito brasileiro, ou mesmo, procurando explicar a falta de expressão e eficácia atribuída ao instituto igualando-a a ação de inconstitucionalidade por omissão portuguesa ou germânica.

Seria um insofismável contra senso não analisar o Mandado de Injunção à luz do corolário basilar do Estado Democrático de Direito, ou seja, da cláusula do due process of law. Afinal, como brilhantemente observou LEONARDO GRECO, “no Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja eficácia irrestrita é preciso assegurar, em respeito à própria dignidade humana. O Direito Processual procura disciplinar o exercício

da jurisdição através de princípios e regras que confirmam ao processo a mais ampla efetividade, ou seja, o maior alcance prático e o menor custo possíveis na proteção concreta dos direitos dos cidadãos”.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional afasta com veemência a argumentação de que seria vedado ao Poder Judiciário criar norma para a situação concreta posta em juízo. Da ponderação de interesses entre a efetividade da tutela jurisdicional e o já mitigado princípio da separação de poderes, torna-se de meridiana clareza a necessidade sempre colocar resguardar o alcance dos direitos fundamentais. A ultrapassada concepção de Estado tripartido apenas traduz a tentativa de fragilizar o jurisdicionado ante os detentores da máquina administrativa, perpetrando que o sistema de dominação prevaleça sobre a busca da verdade real e da justiça.

3. Diferenças entre o mandado de injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade omissiva.

Em cabal afronta ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e com forte inclinação a esvaziar o instituto do mandado de injunção, o STF vem predominantemente em detrimento da constituição cidadã, acolhendo a tese não concretista que praticamente igualou-o à Ação de inconstitucionalidade por omissão. Sob a assertiva de que o “Supremo Tribunal Federal não pode obrigar o legislativo a legislar”, a Corte Constitucional dá interpretação inconstitucional ao dispositivo que regulamenta o mandado de injunção, perpetrando violação clara de direitos fundamentais.

A similitude dada aos institutos descaracterizou totalmente a aplicabilidade do Mandado de Injunção. Assim, procurando guarnecer o Mandado de Injunção de efetividade, distinguimo-o da Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão por ser uma ação de caráter eminentemente, particular visando tutelar interesses ou direitos conferidos constitucionalmente, porém não efetiváveis por deficiência de norma regulamentadora.

Entendemos que o writ of mandamus não tem por escopo a substituição à tarefa regulamentadora, mas sim apenas possibilitar o exercício de um direito constitucional impossibilitado pelo déficit normativo. Até mesmo porque, a autoridade coatora a ser apontada deve ser o sujeito inibidor do direito.

Assim, diferenciando o sujeito ativo (o cidadão não pode propor Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão), objeto e o sujeito passivo, com o conseqüente deslocamento da competência privatística dos Tribunais Superiores, acreditamos poder reavivar o mandado de injunção como instrumento de exercício da cidadania e da perfeita participação popular.

4. Legitimação e Competência.

A Constituição da República Federativa do Brasil procurou concentrar a competência para processamento e julgamento do Mandado de Injunção nos Tribunais superiores, evitando a pulverização de inerente às decisões emanadas

dos Juízos de primeiro. Com a concentração da competência nos Tribunais, o objetivo do legislador constituinte, de acordo com a elucidativa lição de LUÍS ROBERTO BARROSO foi de vedar “a dispersão do poder decisório e permite manter uma uniformidade de critério na integração das lacunas, evitando decisões conflitantes ou não isonômicas”.

No plano estadual, o Mandado de Injunção pode ser instituído pelas Constituições dos Estados, observando-se o princípio da simetria entre os entes federativos. Partindo da orientação da CRFB, a competência para julgamento do Mandado de Injunção utilizado para supressão de lacuna normativa estadual é dos Tribunais de Justiça estaduais.

Contudo, a orientação do Poder Constituinte Originário sob a frágil assertiva de coadunar a impetração do Mandado de Injunção ao Juiz Natural e a isonomia, colide frontalmente com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, impedindo que os jurisdicionados afetados por inércia normativa do Estado possam exercer eficazmente o direito à ordem jurídica. A competência fixada de forma rígida e restrita, regulada pelo órgão que deveria suprir a omissão normativa não satisfaz os anseios de uma sociedade que cada vez mais clama por inclusão.

Toda medida que tem por escopo o afastamento dos debates jurídicos e provimentos jurisdicionais do cenário de realidade fática em prol de tecnicismos desprovidos de legitimidade somente serve para disseminar a idéia de falta de credibilidade do Poder Judiciário para interferência nos atos sociais e propaga a sensação de desproteção dos jurisdicionados perante atos totalitários, inconstitucionais e ilegais.

Deve ser ressaltada a importância da adesão dos jurisdicionados à ordem jurídica vigente para a perfeita operacionalização do Estado Democrático de Direito e funcionamento das Instituições. A Democracia pressupõe interesse e participação dos cidadãos, que ativamente devem influir no aprimoramento do Estado e evolução na distribuição de justiça. Ao se manifestar sobre o sentimento constitucional, preconizando a interdependência necessária entre razão e emoção, PABLO LUCAS VERDÚ sustenta que o “Estado Social e Democrático de Direito cobra sentido e enche de conteúdo, assim, mediante o reconhecimento e concretização dos valores através de uma ação legislativa, administrativa e judicial que se harmonize com os sentimentos do Direito e do justo na sociedade”.

O Direito não deve ser justificado apenas pela técnica jurídica, mas pela disseminação do ideal do justo e de proteção dos mais frágeis em regime de equiparação social interna no Estado. A legitimidade do exercício da tutela jurisdicional deve ser o objetivo primordial do Poder Judiciário, buscando assim alicerçar o regime democrático. Assim, mostra-se completamente dissociada da legitimação do Estado Democrático de Direito, a competência para julgamento do Mandado de Injunção fixada pelo órgão inerte.

Como o comando decisório no Mandado de Injunção deve ser dirigido ao órgão a suportar a efetividade da norma constitucional “energizada” pelo Poder Judiciário, o pólo

passivo do writ deve ser constituído pelo órgão que sofrerá o ônus de se submeter ao direito efetivado pela concessão do pedido de supressão da lacuna normativa originada da inércia estatal. Afinal, como bem esclarece NELSON NERY JÚNIOR “o impetrante tem o direito mas não sabe como exercê-lo. Cabe ao juiz determinar o *modus faciendi* a fim de que o impetrante não fique privado de seu direito constitucionalmente garantido, a pretexto de que não há norma inferior que o regulamente”.

Justamente pelo pedido constante no writ ser no sentido de assegurar um direito já consagrado pela CRFB, nos distanciamos dos doutrinadores que “enxergam” – de forma obtusa - o Mandado de Injunção como uma ação para apenas evidenciar uma omissão normativa. A omissão normativa não deve nem em tese impedir o exercício pleno de uma norma constitucional por falta de regulamentação, sendo papel do Poder Judiciário não a edição de norma jurídica, mas sim alcançar o topo adequado para dar plenitude da Constituição ao caso concreto.

O jurisdicionado está exausto de evasivas governamentais, sendo a crença na efetividade da Constituição a alternativa mais coerente e acertada para a consolidação de um Estado Democrático de Direito calcado na soberania popular e respeito aos direitos fundamentais. Assim, não há caminho senão construirmos uma tese do Mandado de Injunção indicando como legitimado passivo o órgão que deva suportar o ônus da efetividade da norma despida de regulamentação e não o órgão que deveria regulamentá-la.

Afastando a impressão clara do leitor de que tenho como objetivo nesse ensaio esmiuçar as fragilidades decorrentes da atuação do Supremo Tribunal Federal como defensor da omissão governamental, destacamos o acerto jurisprudencial na acolhida do Mandado de Injunção coletivo. Mas de que adianta ampliar a legitimação ativa e o canal de discussão político-jurídica se sabemos que ao final o STF sempre adotará posição burocrática e em nada auxiliará na efetividade da norma constitucional sem regulamentação?

5. Objeto da tutela. Normas constitucionais de eficácia limitada.

Num contexto de democracia processual e do *due process of law* devemos assegurar a todos os jurisdicionados a possibilidade de influir eficazmente em todas as decisões que possam acarretar-lhes invasão em suas esferas de interesses. A participação democrática no processo público de todos os jurisdicionados interessados no deslinde da demanda é completamente preponderante na aplicação de um processo justo, capaz de propiciar a segurança dos direitos fundamentais do homem.

O papel da Constituição num Estado Democrático de Direito é assegurar que os direitos fundamentais sejam respeitados, devendo os jurisdicionados encontrarem no Poder Judiciário um verdadeiro pilar de proteção e defesa da ordem jurídica. Assim, toda norma constitucional deve ser efetiva. Se a omissão legislativa impedir a efetividade da norma constitucional, é dever do magistrado através de

seu poder normativo integrar o sistema jurídico. Há de ser salientado que, segundo MARIA HELENA DINIZ, a “tarefa dos juízes e tribunais ao aplicar o fato à norma geral possui índole político-jurídica. Isso porque a norma geral a ser aplicada é mera moldura dentro da qual surge a norma jurídica individual em virtude da eleição de uma das possibilidades contidas na norma geral”.

Na esteira desse raciocínio, o objeto do Mandado de Injunção é dar efetividade às normas de eficácia limitada, possibilitando o suprimento judicial da norma regulamentadora faltante. Afinal, se todas as normas têm alcance jurídico, é preciso entender que essa validade deve tentar coincidir com a efetividade.

6. Procedimento.

Por mais paradoxal que possa parecer, até hoje o Mandado de Injunção não foi regulamentado com relação ao seu procedimento, fato que ensejou posicionamento doutrinário no sentido de que o artigo 5, LXXI da CRFB não seria auto-aplicável, não sendo portanto manejável. Trata-se de uma das maiores atrocidades jurídicas já pensadas, visto que a solução para essa omissão normativa não poderia ser suprida dada a impossibilidade de utilização do remédio criado com esse fim. Definitivamente, tal posicionamento deve ter sido erigido em momento de cabal obtusidade córneia.

O Supremo Tribunal Federal acertadamente afastou essa nefasta criação doutrinária e conferiu ao Mandado de Injunção o iter procedimental do Mandado de Segurança, posteriormente legitimado pela Lei n. 8038/90. Evidentemente, de acordo com seu posicionamento de evidenciar apenas a mora legislativa, a concessão de liminar utilizando analogicamente o rito do Mandado de Segurança não encontrou acolhida.

7. Os efeitos da decisão. Análise sobre o prisma da efetividade.

O processo como garantia efetiva dos direitos fundamentais somente se materializa se possibilitar a satisfação de quem tem direito a tudo aquilo a que ele faz jus de acordo com o ordenamento jurídico. Nesse sentido, a efetividade do processo impõe o dever de cumprimento espontâneo e adequado das decisões judiciais, inclusive contra a Administração Pública, que é especialista em postergar e em utilizar subterfúgios para obstacularizar a satisfação de comandos judiciais.

O processualista italiano LUIGI PAOLO COMOGLIO, um dos maiores entusiastas do garantismo processual, ao refletir que a efetividade da tutela jurisdicional consagra o direito de pedir e de obter do próprio juiz um resultado de efetividade e executiva, ou seja, o reconhecimento de uma forma de tutela, que seja adequada às características substanciais do direito a tutelar e, onde ocorra, seja suscetível de uma eficaz execução mesmo em via coativa ou forçada, com os instrumentos para tal fim predispostos pelo ordenamento jurídico.

Visando uma alternativa mais coerente ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, faz-se imperioso que o Mandado de Injunção seja visto como um remédio para conferir efetividade às normas constitucionais desprovidas de regulamentação. Os direitos fundamentais devem ser assegurados, sendo a hipótese de considerarmos violação ao princípio da separação dos poderes totalmente descabida.

Referências bibliográficas.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de Pré-Executividade: Uma denominação infeliz in *Temas de Direito Processual*. Editora Saraiva. 7a Série.

_____. *Abuso dos Direitos Processuais*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2000

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. Editora Saraiva, São Paulo, 9a Edição, 1997, página

BARROSO Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Editora Saraiva, São Paulo, 2004

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Valori etici e ideologie del “giusto processo” (modelli a confronto)*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè, Milano, ano LII, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8a Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, 1ª Edição.

VERDÚ, Pablo Lucas. *Sentimento Constitucional*. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1a Edição

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1974.

1. Siqueira Castro, Carlos Roberto. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2003, 1ª Edição, página 728.

2. "O mandado de injunção não é sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não se legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O STF não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância ao princípio constitucional da divisão funcional de poder." (STF – – Ministro Relator Celso de Mello – MI 42-5 / DF – Julgado em 01.02.1990).

3. Binenbojm, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

4. Greco, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo in Juris Poiesis*, Revista da Universidade Estácio de Sá, nº. 06, ano 07, Rio de Janeiro, 2004, página 03 e 04.

5. MI nº. 586-5. Ministro Relator Ilmar Galvão. *Diário de Justiça. Seção I, 27 de agosto de 1998, página 13*.

6. Barroso Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. Editora Saraiva, São Paulo, 2004, página 93.

7. Verdú, Pablo Lucas. *Sentimento Constitucional. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1ª Edição, página 178.

8. Nery Júnior, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005, página 151.

9. Diniz, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. Editora Saraiva, São Paulo, 9ª Edição, 1997, página 296.

10. Ver Verdú, Pablo Lucas. *Sentimento Constitucional. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 1ª Edição, página 125.

11. *Somente a utilização do eufemismo que devidamente apropriamos da obra do notável Eça de Queiroz foi capaz de suavemente adjetivar o estratagem jurídico desenvolvido a pedido do grupo hegemônico de poder em detrimento do jurisdicionado comum*.

12. Lei n. 8038/90. Artigo 24: "No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica".

13. MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção - Mandados de Injunção nºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora. (AC 124 Agr/PR – Relator Ministro Marco Aurélio Mello – Publicado em 12.11.2000).

14. Exemplificando, podemos lembrar o artigo 475 – J do CPC, introduzido pela Lei n. 11.232/05.

15. Ver Valori etici e ideologie del "giusto processo" (modelli a confronto), in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè, Milano, ano LII, 1998, pág.922.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

5ª REGIÃO - 1ª TURMA

Agravo Regimental n. 126294-4/03.

Agravante: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV.

Agravada: Sabel – São Francisco Bebidas Ltda.

RELATÓRIO

O presente remédio impugnativo tem por finalidade rever a decisão interlocutória proferida por este juízo no procedimento dos embargos de declaração cujos autos foram tombados sob o n. 126294-4/02.

Tal decisão deu cumprimento a uma outra, proferida no procedimento do agravo regimental de autos numerados em 126294-4/01, pois, no entender deste juízo monocrático – à época ocupado por outra pessoa física – os embargos declaratórios não têm o condão de suspender os efeitos da decisão embargada.

É exatamente esse o ponto de insatisfação da agravante. Colacionando importantes entendimentos doutrinários (Nelson Nery Jr., acima de todos), além do fato de um dos elaboradores da peça de interposição do recurso ser um conhecidíssimo processualista, o professor mineiro Humberto Theodoro Jr., a agravante entende que indubitavelmente os embargos declaratórios, depois de interpostos, suspendem os efeitos da decisão embargada.

Por conta disso, pede, como dito, a reforma por este colegiado da decisão ora vergastada.

É o relatório.

Recife, de de 2010.

Des. Antônio Carlos Alves da Silva

Relator

VOTO

Senhor Presidente, senhor Desembargador, senhor Procurador de Justiça.

Em que pese o notório saber dos juristas invocados pela agravante em seu recurso, além, obviamente, do amplíssimo conhecimento de direito processual de seu causídico, não se pode acolher suas razões. Vejamos abaixo o porquê.

Sabe-se que, segundo a melhor doutrina (nesse sentido, ver, por todos, José Carlos Barbosa Moreira e Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha), o efeito suspensivo não é do recurso, é, sim, da mera recorribilidade. Assim, por intermédio da lei, imputa-se que a recorribilidade de algumas decisões não suspende seus efeitos.

Quando a recorribilidade suspende os efeitos da decisão, como é o que ocorre com grande parte das sentenças, a decisão já nasce ineficaz, ao menos parcialmente. É o que o citado professor José Carlos Barbosa Moreira chama de efeito interruptivo do recurso, nomenclatura essa utilizada por ele com mais propriedade para designar o que comumente se denomina de efeito suspensivo. Caso o recurso seja interposto, esse estado de suspensão dos efeitos permanece. Se, no entanto, a lei exclui o referido estado, a decisão emana todos seus efeitos de plano.

Vejamos o seguinte trecho da obra de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, o qual explica didaticamente este posicionamento teórico ora adotado:

O efeito suspensivo não decorre, pois, da interposição do recurso: resulta da mera recorribilidade do ato. Significa que, havendo recurso previsto em lei, dotado de efeitos suspensivo, para aquele tipo de ato judicial, esse, quando proferido, já é lançado aos autos com sua executoriedade adiada ou suspensa, perdurando essa suspensão até, pelo menos, o escoamento do prazo para interposição do recurso¹.

A decisão embargada é do tipo interlocutória com eficácia antecipatória dos efeitos da tutela recursal. Portanto, sem maiores discussões, sabe-se que sua eficácia não fica suspensa em face de sua recorribilidade.

Caso, contra essas decisões produtoras de imediato de seus efeitos, alguém proponha embargos declaratórios, a simples interposição deles não tem a força de suspender os efeitos dela. A suspensão, frise-se, se existir, é, como visto, prévia. É da recorribilidade. Quando essa é dotada de suspensividade, a decisão já nasce com seus efeitos suspensos.

Portanto, não são os embargos que suspendem os efeitos da decisão, mas sim a recorribilidade delas.

Mais uma vez, invoca-se a lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha:

Se opostos embargos declaratórios contra decisão interlocutória, como o agravo não tem efeito suspensivo, os embargos também não deveriam ter. Proferida a sentença, se a apelação estiver em uma das hipóteses descritas no art. 520 do CPC, os embargos não teriam efeito suspensivo².

Há de rejeitar-se, pois, o pleito contido neste recurso.

Eis a parte dispositiva.

Sem mais delongas, **VOTA-SE** por **NEGAR PROVIMENTO** ao pleito contido neste agravo regimental, de modo que se **MANTÉM** intacta a decisão agravada.

Recife, de de 2010.

Des. Antônio Carlos Alves da Silva

Relator

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SIMPLES INTERPOSIÇÃO DESSES ÚLTIMOS. AUSÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO.

A simples interposição de embargos de declaração não tem por força suspender os efeitos da decisão embargada. Tal suspensividade decorre da recorribilidade, ou seja, do fato de a lei ter previsto que contra tal decisão cabe determinado recurso. Algumas dessas, como é o caso da maioria das sentenças, são dotadas de efeito suspensivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo regimental n. 126294-4/03, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Desembargadores componentes da 5a. Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator, que fica fazendo parte integrante deste julgado.

Recife, de de 2010.

Des. Antônio Carlos Alves da Silva

Relator

1. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador, 2008, v. 3, p. 79.

2. *Idem*, p 186.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO - 2ª TURMA

PROC. N. TRT – 00570-2009-143-06-00-0 (RO)

Recorrente: WASHINGTON LUIZ NASCIMENTO CAMPOS

Recorrida: BIMBO DO BRASIL LTDA.

Relator: DESEMBARGADOR ACÁCIO JÚLIO KEZEN CALDEIRA

EMENTA: VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ÔNUS DA PROVA.

Contestando a parte ré a natureza da relação jurídica existente entre as partes, mas reconhecendo a prestação de serviços, a ela cabe o ônus probatório acerca das suas alegações de que inexistiu vínculo empregatício, a teor do artigo 818 da CLT. No entanto, configurados os elementos essenciais à caracterização da relação de emprego, há de ser reconhecido o vínculo empregatício.

Vistos etc.

Recorre ordinariamente **WASHINGTON LUIZ NASCIMENTO CAMPOS** de decisão proferida pelo MM. juízo da 3ª Vara do Trabalho de Jaboatão-PE que julgou *IMPROCEDENTES* os pedidos formulados na reclamação trabalhista ajuizada pelo recorrente em face de **BIMBO DO BRASIL LTDA.**, nos termos da fundamentação de fls. 200/203.

Razões do recurso do reclamante às fls. 207/213, nas quais se insurge contra a decisão que julgou improcedentes os pedidos formulados na reclamação trabalhista. Preliminarmente, aduz que restou cerceado o seu direito de defesa ante a dispensa do depoimento da preposta da empresa e da oitiva das demais testemunhas por ele arroladas. Afirma que houve patente prejuízo para a parte, requerendo a nulidade do processo desde o fato mencionado. No mérito, alega que os documentos colacionados aos autos demonstram a existência de subordinação e dependência entre as partes, como acentuado pela testemunha ouvida, contrariando a decisão monocrática que reconheceu a relação jurídica autônoma. Saliencia que todo o instrumento de trabalho era fornecido pela demandada. Argumenta que a personalidade também estava presente na relação empregatícia, uma vez que não havia ajudante e o reclamante dirigia pessoalmente o caminhão pertencente à recorrida, fato afirmado pela testemunha. Assegura que o trabalho era executado de forma não-eventual, alegação não rebatida em sede de contestação, e onerosa, dada à contraprestação prestada. Obtempera que a demandada fraudava o contrato

de trabalho, pois os elementos caracterizadores do vínculo empregatício restaram presentes. Pugna pelo provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas pela recorrida em *fac-símile*, às fls. 216/227, originais às fls. 228/239.

Desnecessária a remessa dos autos à Procuradoria Regional do Trabalho, porquanto não se vislumbra interesse público no presente litígio (art. 49 do Regimento Interno deste Sexto Regional).

É o relatório.

VOTO:

Da preliminar de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa, suscitada pelo reclamante

Afirma o reclamante que restou cerceado o seu direito de defesa uma vez que o juízo monocrático dispensou o depoimento da preposta da reclamada e a oitiva das demais testemunhas apresentadas pelo reclamante. Alega que em virtude dessas negativas, restou ofendida a ampla defesa, o contraditório, a igualdade de tratamento e o art. 820 da CLT. Aduz que se sentiu prejudicado, requerendo a declaração de nulidade processual, desde o momento da instrução processual.

Rejeito a preliminar.

O juiz tem ampla liberdade na direção do processo (art. 765 da CLT) e a ele cabe determinar as provas necessárias à instrução do feito, indeferindo as provas inúteis (CPC, art. 130). Em sendo assim, a dispensa do depoimento de duas testemunhas, quando o fato que com elas se pretendia demonstrar já se encontrava esclarecido, através da oitiva da primeira testemunha e depoimento do reclamante, não configura cerceamento do direito de prova.

Neste sentido, também dispõe a jurisprudência deste tribunal, como se verifica pela ementa a seguir:

“INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA - NULIDADE PROCESSUAL – NÃO CONFIGURAÇÃO DE CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Não há cerceamento de defesa, quando o Juiz sob cuja direção e presidência tramita o processo, indefere provas inúteis ou meramente protelatórias, inclusive a testemunhal (artigo 131 do CPC), em nome da economia e celeridade processuais. Com efeito, o Magistrado tem a direção do processo (artigo 765 da CLT) e o poder de dispensar o depoimento das partes e das testemunhas, quando o fato que com eles se pretendia demonstrar já se encontrava esclarecido.” (TRT 6ª Região, Segunda Turma, Processo nº. 01309-1997-101-06-00-0-RO, Juíza Relatora: Josélia Moraes, Publicado no D.O.E. em 28/10/2004, procedência: 1ª Vara do Trabalho de Olinda).

No caso dos autos, segundo se constata da decisão recorrida, convenceu-se o julgador de primeiro grau de que a discussão relacionada ao reconhecimento do vínculo empregatício restou devidamente esclarecida com o depoimento pessoal do autor e de uma testemunha arrolada por ele, de modo que reputou desnecessária a produção de outras provas. Tal posicionamento visou à celeridade e economia processuais (CLT, art. 765), sem que tal atitude caracterize cerceamento ao direito de defesa.

Ademais, no tocante à oitiva da preposta da reclamada, nos termos do disposto no art. 848 da CLT, o interrogatório das partes no processo do trabalho constitui uma faculdade do juiz, *in verbis*:

“Terminada a defesa, seguir-se-á a instrução do processo, podendo o presidente, *ex officio* ou a requerimento de qualquer juiz temporário, interrogar os litigantes”.

Nesse contexto, a dispensa do depoimento das partes não enseja nulidade processual.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade processual suscitada pelo reclamante.

Mérito

Da relação jurídica existente entre as partes

Pede o reclamante, em suma, a reforma do julgado a fim de que seja reconhecido o vínculo empregatício entre as partes.

Em sua petição inicial, alegou o reclamante que foi admitido em 15.08.2006 e demitido, sem justa causa, em 11.01.2008. Disse que a demandada o obrigou a abrir uma empresa (Washington Luiz Nascimento Campos-ME), com intuito de burlar a legislação trabalhista quando, invés de reconhecer o vínculo empregatício na função de vendedor, forjava uma relação de distribuição entre empresas. Afirmou que o labor iniciava às 05:30h, momento em que pegava a mercadoria, e perdurava até às 19:00h, de segunda à sexta-feira. Aos sábados iniciava no mesmo horário encerrando-se por volta das 16:00h. Disse que utilizou veículo próprio da empresa para realização das atividades laborais por cerca de 1(um) ano, devolvido após o deslinde contratual. Enumerou diversos municípios onde se situava a área de atuação das

atividades realizadas, sendo fiscalizado diretamente por um supervisor da parte ré. Informou que tinha que usar fardamento padronizado da empresa, devendo comercializar produtos escolhidos pela reclamada de acordo com preço estipulado e com metas a serem atingidas. Salientou que percebia, a título de remuneração, comissões apuradas sobre as vendas realizadas no importe de R\$ 5.000,00 mensais.

Por sua vez, em sua defesa, a reclamada afirmou que não mantinha qualquer vínculo de emprego com o litigante, atuando este apenas como micro distribuidor, revendendo os produtos da empresa. Asseverou que, em decorrência de um débito existente com a reclamada, o autor teve inviabilizado o seu negócio. Afirmou que o salário que o reclamante informou que percebia, extrapolava muito o valor da remuneração de um vendedor da empresa. Disse que firmou um contrato verbal de distribuição com o reclamante onde o mesmo comercializava os produtos de acordo com sua conveniência, recaindo sobre si o custo e os riscos pelas vendas. Acrescentou que inexistente a subordinação entre as partes e a paga de salário, restando ausentes os elementos caracterizadores da relação de emprego. Requereu, acaso reconhecido o vínculo, seja observado o disposto no art. 460 da CLT. Disse que não havia obrigatoriedade de utilização do fardamento e que a farda indicada pelo reclamante é diversa das demais empregados da empresa. Salientou que em face da autonomia funcional do autor, não tinha conhecimento do lucro obtido pelo mesmo. Finalmente, em virtude do não reconhecimento do vínculo de emprego, pediu o indeferimento dos demais pleitos.

O MM. juiz de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos formulados na presente reclamação trabalhista, não reconhecendo o vínculo de emprego.

A questão inicial, aqui discutida, diz respeito à existência do vínculo empregatício, negado pela parte adversa, que insiste em afirmar que a relação mantida com o autor tinha natureza diversa daquela insculpida no art. 3º da CLT.

Vejamos.

De início, cumpre asseverar que a reclamada reconheceu a relação de trabalho autônoma, negando apenas a natureza da relação jurídica existente entre as partes, cabendo a ela o ônus da prova, nos termos previstos no artigo 818 da CLT e 333, II, do CPC, do qual não se desincumbiu a contento.

É que compulsando os autos verifica-se que o labor realizado pelo reclamante não se reveste da autonomia defendida pela empresa ré. A esse respeito, conduziram à mesma conclusão, os elementos dos processos TRT nº 00505-2006-142-06-00-5, 00864-2008-101-06-00-9 e 01948-2007-143-06-00-0 de relatoria dos Exmos. Desembargadores Gisane Barbosa de Araújo e Valdir Carvalho, e do juiz Ibrahim Alves Filho, respectivamente.

Ocorre que os micro-distribuidores atuavam verdadeiramente como vendedores da empresa, emprestando sua força de trabalho na execução das suas atividades,

prestando serviços de forma pessoal e habitual, mediante contraprestação e sob ordens da recorrida, ou seja, sujeitava-se a várias interferências da empresa.

Na realidade, dos elementos constantes nos autos, conclui-se que a empresa recorrente teve o intuito de mascarar uma autêntica relação de emprego havida entre as partes, eis que se constata a presença dos requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, quais sejam, a prestação de serviços de forma pessoal e habitual, mediante contraprestação e sob as ordens do reclamado.

Ademais, veja-se que o reclamante começou a trabalhar para a reclamada como pessoa física, e que posteriormente foi obrigado a lhe prestar serviços como pessoa jurídica, sob pena de encerrar-se a relação de emprego, fato não contestado pela empresa ré, e esclarecido pelo documento acostado à fl. 124. Nota-se que a intenção da recorrida era burlar a legislação trabalhista tentando forjar uma relação de distribuição de empresas quando, ao contrário, o autor trabalhava como vendedor da empresa.

Neste compasso, o veículo que o autor utilizava para o desempenho das suas atividades é de propriedade da empregadora, fl. 125, fato que corrobora a tese obreira.

Além disso, existia um horário pré-determinado pela empresa para realização do carregamento, a obrigatoriedade para efetuar as trocas dos produtos e a observância de determinações delineadas pela empresa, fls. 126 e 140, respectivamente.

Ainda mais, a parte ré obrigava a utilização de fardamento, não convencendo a alegação de que o seu uso não configura subordinação, eis que resultante da padronização estabelecida pela empresa (fl. 24/25). A propósito, os equipamentos também eram fornecidos para o desempenho das funções do autor, fls. 138/139.

Além do mais, havia área de atuação pré-definidas pela demandada, sendo essa prática incompatível com a autonomia alegada pela parte ré, conforme se observa na oitiva da testemunha, fl. 195/196: *“que a área em que trabalhava era dividida em rotas e em um dia fazia certos clientes e outro dia fazia outros (...). E continuou: (...) que recebia apenas um roteiro da área com a relação de clientes.*

Ainda, o recorrente dependia das ordens e determinações da empresa, que fiscalizava todas as tarefas por ele realizadas, como pode se observar nas fichas de cadastramento e alteração de clientes (fls. 131/137) que consta, ao lado do nome do vendedor, a indicação do nome do supervisor. Nessa mesma linha, aponta o depoimento testemunhal, às fls.195/196:

“...que caso faltasse recebia advertência verbal; que isso já aconteceu e embora não tivesse nenhum vínculo trabalhista recebeu uma área e todas as orientações para cobrir a área... que recebia ordens do supervisor ORLANDO; que lembra também dos supervisores WALTER, DAVI... que tinha que comparecer todo dia na

empresa para receber orientação e recarregar; que chegava às 05:00 da manhã porque tinha que estar no cliente às 07:00...que tinha obrigação de ir à reclamada no final da rota para prestar contas e fazer o pedido... que não podia vender em outras áreas; que não podia modificar a rota dentro de sua área... que o supervisor o acompanhou na rota cerca de quatro vezes para ver como estava o atendimento, os serviços; que isso aconteceu com o Reclamante, mas não sabe quantas vezes... que se não fizesse as vendas dos produtos retirados, mesmo assim teria que comparecer à Reclamada no outro dia, para informa (sic) a não venda e para complementar os produtos para a rota do dia... que recebia apenas um roteiro da área com a relação de clientes..”

Outrossim, a testemunha ouvida foi concisa ao afirmar que recebia comissões por produto vendido, contrariando a tese de defesa de que não recebia salário, vejamos (fl. 195/196):

“... que acertou receber remuneração de 25% sobre o produto vendido;que o seu pagamento era feito no final do mês, através de depósito em conta ...que quando revende os produtos aos clientes o faz por um preço diferente daquele da nota fiscal, em média, 25% mais caro; que, por exemplo, quando retira uma nota fiscal no valor de R\$ 100,00, revende os produtos, em média, a R\$ 125,00 e, caso o cliente efetue o pagamento à vista, faz o pagamento do boleto bancário no valor de R\$ 100,00 e já fica com os R\$ 25,00 restantes; que no mesmo caso, se o cliente fizer o pagamento em cheque, e ele, depoente, não tiver como descontar o cheque, deposita na conta da Reclamada o cheque e a Reclamada devolve o valor excedente do boleto; que se quisesse podia descontar o cheque do cliente direto no banco e pagar à Reclamada apenas o valor nominal do boleto; que acredita que os pagamentos ocorriam da mesma forma com relação ao Reclamante...”⁶

É certo que a pessoalidade também estava presente eis que o depoimento da testemunha, à fl. 195, em consonância com o alegado na peça vestibular, confirma que o reclamante não possuía ajudante, dirigindo ele mesmo o caminhão da recorrida para entrega dos produtos.

Neste diapasão, no campo do direito laboral, a definição da natureza jurídica do vínculo submetido a julgamento não pode se desvirtuar do que ocorre no plano dos fatos.

A propósito, o contrato de distribuição, que deveria ser um elemento importante a apoiar à tese da demandada, não foi celebrado, e os elementos fáticos demonstrados nos autos apontam em sentido diverso, não socorrendo as alegações da recorrida. Demais disso, importante ressaltar que a parte de vendas se insere na atividade-fim da empresa ré.

Desse modo, preenchidos os requisitos previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, deve ser reconhecido o vínculo empregatício entre as partes.

Considerando o pleito recursal do reclamante de que, reconhecido o vínculo empregatício entre as partes fossem os autos enviados ao juízo de origem para julgamento das verbas perseguidas em juízo, deixo de apreciá-las, haja vista que o julgamento deve se restringir aos pedidos formulados pelas partes.

Por conseguinte, reconheço o vínculo empregatício entre as partes, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, para julgamento dos demais pleitos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, preliminarmente, rejeito a arguição de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa, suscitada pelo reclamante e, no mérito, dou provimento ao recurso ordinário para reconhecer o vínculo empregatício entre as partes, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para apreciação dos demais pleitos.

ACORDAM os Membros integrantes da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, em tudo observada a unanimidade, preliminarmente, rejeitar a arguição de nulidade processual por cerceamento do direito de defesa, suscitada pelo reclamante e, no mérito, dar provimento ao recurso ordinário para reconhecer o vínculo empregatício entre as partes, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para apreciação dos demais pleitos.

Recife, 25 de novembro de 2009.

ACÁCIO JÚLIO KEZEN CALDEIRA

Desembargador Federal do Trabalho Relator

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

5ª REGIÃO - 1ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL Nº 468441 PE (2000.83.00.014864-7)

APTE: MENDES JUNIOR ENGENHARIA S/A

ASSIST: MORRISON KNUDSEN ENGENHARIA S.A

ASSIST: BANCO ALFA S.A

APTE: CHESF - COMPANHIA HIDROELÉTRICA DO SÃO FRANCISCO

APTE: UNIÃO

APTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

APDO: BANCO SANTANDER

RELATOR: JUIZ FRANCISCO CAVALCANTI - Primeira Turma

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. APELAÇÕES. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. PREJUDICIAL DE MÉRITO. DESACOLHIDA. MÉRITO. AÇÃO DECLARATÓRIA. COISA JULGADA. MATÉRIA DE FATO. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. QUESTÃO FÁTICA SUFICIENTE PARA A IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO AUTORAL.

I – PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. INTERESSE PÚBLICO MANIFESTO.

1. O Ministério Público Federal é parte legítima para interpor recurso contra sentença de procedência parcial de pedido de ressarcimento, que supostamente poderia alcançar a estratosférica quantia de mais de um trilhão de reais, a ser desembolsada pelos cofres públicos federais, com atingimento, por óbvio e de modo transbordante, da coletividade.

2. **Rejeição da preliminar** de ilegitimidade recursal do Parquet, manifesto o interesse público a resguardar.

II – PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA AJUIZADA CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL. TRAMITAÇÃO PERANTE JUÍZO ESTADUAL. COMPETÊNCIA. SÚMULAS 517 E 556, DO STF, E 42, DO STJ. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA

UNIÃO NOS AUTOS. DESCONSTITUIÇÃO, NA AÇÃO CONDENATÓRIA, DE COMANDO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO (E JÁ ULTRAPASSADO O PRAZO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA) EM AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. EVIDENCIAÇÃO. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. JUSTIÇA FEDERAL. REPERCUSSÃO NA AÇÃO CONDENATÓRIA QUANTO AO ENTE PÚBLICO FEDERAL.

1. “As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente” (Súmula 517, do STF). “É competente na Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista” (Súmula 556, do STF). “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento” (Súmula 42, do STJ).

2. No caso concreto, observa-se que a ação declaratória foi ajuizada, perante a Justiça Estadual, contra uma sociedade de economia mista federal (CHESF), não tendo, a União, em qualquer momento daquele feito, formulado requerimento com vistas ao seu ingresso na lide. O que aconteceu foi que a CHESF alegou que a União deveria ter sido intimada para manifestar o seu interesse em integrar a lide, o que não foi acatado pelo Julgador em decisão confir-

mada pela instância ad quem e não conhecida quando a demanda chegou ao STJ.

3. É certo que configura vício insanável o fato de o Juízo Estadual ter decidido sobre a (in)existência de interesse da União em integrar o presente feito, tendo indeferido pleito nesse sentido. Apenas a Justiça Federal pode deliberar sobre a presença ou não de interesse do ente público federal no processo. Entretanto, por outro lado, não é juridicamente possível admitir que o acórdão estadual transitado em julgado na ação declaratória venha a ser invalidado ou desconstituído em sede de ação diversa, de cunho condenatório, em tramitação na Justiça Federal, nessa, efetiva e finalmente, tendo vindo aos autos a União, asseverando seu interesse, inclusive de dupla natureza (jurídico e econômico). Realce-se que, contra o comando judicial transitado em julgado na ação declaratória poderia ter sido ajuizada ação rescisória, o que não ocorreu.

4. Embora reconhecido o vício insanável e a despeito da impossibilidade de anulação do comando judicial da ação declaratória, com retirada dos seus efeitos para os fins desta ação condenatória, é certo que, quanto à União, deve ser lembrada a dicção do art. 472, do CPC – “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros” –, de sorte que, com esse limitador e observada a posição específica da União na lide, terá aqui repercussão o decisum da ação declaratória.

5. **Rejeição da preliminar** de nulidade do acórdão da ação declaratória.

III – ADMINISTRATIVO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO CONTRA SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA FEDERAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. A teor do pedido formulado, não se está a postular a parcela acessória de juros, mas sim uma indenização por supostos danos decorrentes das consequências do alegado descumprimento de relação contratual pela entidade da Administração Pública Indireta federal, de modo que não se aplica, in casu, o art. 178, § 10, III, do CC/1916.

2. Os prazos de prescrição, quando demandada sociedade de economia mista, ainda que concessionária de serviço público, são os do direito civil, não o quinquenal da legislação especial aplicável às entidades de direito público (leia-se: Decreto nº 20.910/32 e Decreto-Lei nº 4.597/42). Precedentes.

3. Rejeição da prejudicial de mérito de prescrição.

IV – ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA. ATRASOS NO PAGAMENTO DAS FATURAS EMITIDAS PELA CONTRATADA. INADIMPLÊNCIA DA ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. EXCEÇÃO DO CONTRATO NÃO CUMPRIDO. Oponibilidade à sociedade de economia mista contratante. Desequilí-

BRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO AJUSTE. NÃO COMPROVAÇÃO ATRAVÉS DE DOCUMENTOS OU OUTROS MEIOS IDÔNEOS DA OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. QUITAÇÃO DOS ENCARGOS DECURSIVOS DA MORA. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO. CONSIDERAÇÕES.

1. Se, entre ter por rescindido o contrato – recebendo o que lhe era devido, segundo a norma contratual a que aderiu livremente – e ter captado recursos no mercado financeiro para o empreendimento – o que se admite apenas para argumentar, sequer existindo provas de realização desses supostos custeamentos obtidos junto ao mercado especificamente para a obra contratada –, a empresa autora preferiu, ante a mora administrativa, segundo dito por ela, a segunda alternativa (ajustar financiamentos sob juros de mercado), fê-lo *sponte propria*, por sua conta e risco, unilateralmente, sem qualquer ajuste administrativo nessa direção, não podendo, assim, transferir eventuais equívocos de estratégia ou excessos de sua ação empresarial ao erário público.

2. Embora a sociedade de economia mista federal tenha confessado que os atrasos de pagamento das faturas emitidas pela contratada efetivamente ocorreram, pagando as penalidades previstas para a hipótese de mora, não há prova de que, em algum momento, tivesse imposto ou chancelado medida extrema de captação de recursos no mercado, em volume tão grande, e a taxas exorbitantes e em condições tão agressivas, quais as afirmadas pela autora, nem que tivesse se comprometido a compensar a empresa por esse tipo de despesa.

3. Se, pelo contrato, o inadimplemento da CHESF (assim entendido, inclusive e textualmente, o atraso no pagamento das faturas pelos serviços executados), poderia levar à rescisão contratual (bastando simples aviso da parte prejudicada), com os correspondentes efeitos dessa forma de extinção da relação contratual, é evidente que a empresa contratada poderia ter suscitado (com apoio também na doutrina e na jurisprudência), na primeira oportunidade, contra a pessoa jurídica de direito privado contratante, em mora, a *exceptio non adimpleti contractus*, seja na via administrativa, seja buscando, em sua proteção, a via judicial.

4. Não se está diante de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública (os acréscimos que houve foram favoráveis à empresa contratada, não tendo havido modificações contratuais a ela prejudiciais), nem de fato do príncipe (não houve exercício externo, de competências estranhas ao contrato, com afetação desse), nem de sujeições imprevistas ou fatos imprevisíveis, passíveis de ensejar desequilíbrio econômico-financeiro da avença. Ademais, a violação contratual hábil a ensejar o direito à compensação pelo desequilíbrio contratual decorrente, apenas pode ser a que diz com o desrespeito aos ditames contratuais, para os quais não se previu, no próprio instrumento, a forma de reparação, ou com a não efetivação ou observância das penalidades previstas no caso da ofensa.

Não é a hipótese dos autos. No caso concreto, é certo que houve a infração contratual, mais especificamente no que atine ao prazo para pagamento das faturas pela contratante. Mas é igualmente correto que as punições previstas para essa hipótese foram atendidas, plenamente, pela contratante. Ou seja, respondeu ela, segundo as normas contratuais firmadas livre e espontaneamente pelas partes, pelos encargos referentes à demora na quitação das faturas atinentes à realização dos serviços. Mais que isso, chegou-se à constatação (tal está em parecer do Ministério Público junto ao TCU, nos autos da Decisão nº 420/99-Plenário, bem como em parecer do MPF nestes autos) de que o particular contratado recebeu, em verdade, mais do que lhe era devido (um *plus* indevido de mais de R\$218.000.000,00, em valores de 1998, segundo o MP do TCU, e de mais de R\$350.000.000,00, em montante de 1997, segundo o MPF), porquanto parte dos valores pagos como recomposição não encontravam respaldo na lei ou no contrato, do que resulta o reposicionamento da CHESF, que passa da condição de devedora, para a de credora.

5. Confirmam a inoccorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato as constatações (oriundas de análise contábil) de que: a) a autora sempre teve capital de giro líquido, ou seja, recursos para financiar o seu ciclo operacional; b) a ausência de capital de giro próprio em dado período resultou em maciço volume de recursos destinados pela autora a investimentos em outras empresas do mesmo grupo econômico que compunha, sem vinculação com a obra em destaque; c) as faturas devidas pela CHESF não repercutiam significativamente no ciclo operacional da autora e, quando eram, nesse ponto, um pouco mais expressivas, mesmo assim não impactavam grandemente ante a existência de recursos suficientes para os gastos de curto prazo; d) comparativamente com o total de contas a receber, os valores constantes nas faturas devidas pela CHESF não eram significativos; e) o total de financiamentos tomados pela autora – repita-se: sem vinculação com a obra contratada – eram muito superiores aos valores devidos pela CHESF.

V – PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA. NATUREZA JURÍDICA. LIMITES PRÓPRIOS DA REPERCUSSÃO DA COISA JULGADA NA AÇÃO CONDENATÓRIA. INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA DO TÍTULO TRANSITADO EM JULGADO NO FEITO DECLARATÓRIO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO ALEGADO. ALEGAÇÃO DE TOMADA DE FINANCIAMENTOS, DECURSIVOS DE DEMORA NO PAGAMENTO CONTRATUAL, VINCULADOS À OBRA CONTRATADA E COM VALORES A ELA REVERTIDOS. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, I, DO CPC. NÃO COMPROVAÇÃO. JUROS DE MERCADO. IMPROPRIEDADE DE SUA CONSIDERAÇÃO COMO INDEXADOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA. RESTRITIVIDADE DE SUA PRÁTICA A INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO PELO SOMATÓRIO (ORIGINAL) DE CUSTO DE PRODUÇÃO E LUCRO. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO.

1. O que restou declarado, no acórdão transitado em julgado da ação declaratória, foi apenas a exis-

tência de uma relação de crédito (porque o atraso no pagamento de faturas pelos serviços prestados teria o condão de ocasionar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, pelas providências a que tivesse sido levada a contratada a adotar ante tal demora para dar prosseguimento à obra contratada). Tudo o mais, especialmente a identificação e a quantificação do dano a reparar e o critério de ressarcimento, estava a depender de ampla produção probatória, a ser desenvolvida na seara adequada, qual seja, na ação condenatória.

2. O STJ, a despeito de não conhecer do recurso especial manejado contra o acórdão da ação declaratória, procedeu à interpretação autêntica do julgado, solidificando-a. Não por outro motivo, fez inscrever na ementa do seu pronunciamento: “Em se tratando de ação de natureza meramente declaratória, a decisão vale como preceito para a ação condenatória, se proposta, onde a matéria deverá ser amplamente debatida”. De se conferir, outrossim, os principais trechos do debate travado entre os Ministros do STJ, quando do julgamento do recurso manejado na ação declaratória, que dizem como o julgado deve ser lido:

“VOTO [do Relator]

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO:
[...]

[...]

*É bom lembrar, como fez o eminente Desembargador relator, ao final de seu voto, que a decisão recorrida tem natureza declaratória e não condenatória, valendo como preceito para a futura ação **onde a matéria poderá ser amplamente debatida.***

Com estas considerações, não conheço do recurso.

VOTO-VOGAL

O EXMO. SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN:

[...]

*Finalmente, a alegação de astronômica compensação pelo vulto da indenização poderia impressionar, mas na verdade não impressiona, simplesmente porque não está em discussão neste ensejo. A ação é declaratória da existência de relação de crédito e **o valor do eventual ressarcimento, ainda a depender de prova, vai ser fixado na ocasião oportuna e nos seus verdadeiros parâmetros.***

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS:

[...]

A ação proposta é uma ação declaratória. Mas, não obstante isso, entendo que o acórdão desbordou dos limites da declaração, quando diz no seu final 'que essa indenização há de ser calculada a juros de mercado'.

Penso que no bojo desta ação não se poderia, e nem se pode, chegar a essa conclusão. A equação financeira do contrato é tese já assentada [...].

Não me comove, por exemplo, a argumentação da *res comunis omnium*, porque, em verdade, o que ficou patenteado é que a construtora cumpriu as obrigações e realizou a obra pública e [...] aceitar o argumento de que ela deveria parar a obra seria infringir o princípio da continuidade e consagrar a inadimplência. Inadimplente, sem dúvida, foi o Estado brasileiro, e duplamente, porque o que se diz nos jornais e nos cálculos dos economistas pátrios é que **a simples forma de correção monetária com que se faz a correção dos valores depositados nas poupanças não é real. Ora, se assim é ou não, esta vai ser uma matéria que deve ser discutida – e largamente – no bojo dos autos, em outra ação tipicamente condenatória e não declaratória.**

Neste ponto, assalta-se uma dúvida – penso que comungo com os óbices postos pelo Eminentíssimo Ministro-Relator, de modo geral – e gostaria mesmo de me socorrer do debate com os Eminentíssimos Ministros: **o simples não conhecimento da matéria nos termos em que lança o voto do Eminentíssimo Ministro-Relator, ou seja, frisando que se trata de uma ação declaratória, afastaria, por exemplo, aquela declaração de que se deveria buscar os juros de mercado?**

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (APARTE): [...] **Acredito que sim, por uma razão muito simples: para chegar a essa afirmação, a Firma teria que ter feito prova de que captou recursos no mercado a juros altos. Isso é uma futurologia. O Desembargador fez isso num exercício de memória. Não posso admitir que, não havendo prova, ele possa dizer que a conclusão é que se tem que pagar juros de mercado. Será que foi captado a juros de mercado? Esta é a grande pergunta.**

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: É nesse ponto que reside a minha grande dúvida, porque, em verdade, o que se observa dos autos é que o Eminentíssimo Desembargador-Relator, como o Revisor, retratou, no seu voto, o seu próprio sentimento diante da inflação que nos assola, porque os autos não consta

a prova de que essa equação financeira se fizesse dessa ou daquela forma, e o que a Constituição determina é que se restabeleça sempre essa equação – vale dizer, em relação a contratos de empreitadas, seja de natureza cível ou administrativa –, que o preço reflita custo mais lucro, mas aquele lucro obtido e aquele com que ela se apresentou à concorrência, porque [...] se admitirmos o contrário seria, inclusive, fraudar aqueles outros concorrentes. Essa é a equação que se busca. Por isso é que não posso, nessa parte do acórdão, admitir a referência a juros de mercado.

[...]

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS (APARTE): Antes que o Sr. Ministro Pádua Ribeiro se pronuncie [...] Existe algo que não podemos negar. O desequilíbrio da equação financeira está confessada pelo outro lado, que é matéria constitucional pacífica. V. Exa. está dizendo que o entusiasmo do Desembargador-Relator foi muito longe – ela faz uma observação sobre os efeitos e os benefícios que essa usina gerou na região. Ressaltou mais que a CHESF passou a receber os rendimentos pela venda da energia. Tudo isso é romântico. Para mim, o caminho que realmente precisa ser definido é se existe uma equação financeira, e alguma dúvida a ser dissipada entre a CHESF e a Mendes Júnior. Existe, porque, na verdade, já foi dito nos pareceres que há uma injustiça, só que não há uma lei para respaldá-la.

Está aí o preceito que serve de base para uma futura ação. Agora, não vamos discutir se foram juros de mercado ou não, isso é outro assunto.

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: [...] Mas a minha única dúvida é que esse preceito contém uma declaração expressa já se referindo a juros de mercado; juros de mercado esses que não sei se seriam os aplicáveis, porque o de que se cuida neste caso é de restabelecer a equação, e se ela vai ser afinal restabelecida com juros de mercado ou não é questão que vai ser decidida no futuro. O que não posso é antecipar e dizer que seriam juros de mercado [...].

COMPLEMENTAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: [...] juros de mercado só podem ser cobrados nesse País por instituições financeiras. Somente banco pode cobrar além da taxa legal estabelecida.

[...]

O SENHOR MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: [...] não cabe, no ensejo, a meu ver, examinar a extensão do julgado recorrido, porque não conhecendo do recurso, não podemos estabelecer qual a sua extensão, adentrar na sua essência, como se estivéssemos a examinar embargos declaratórios [...]/**Creio que nada obstará que, por ocasião da propositura da ação própria, a ação executória, o Judiciário examine amplamente essa matéria [...].**

[...]

O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS: Senhor Ministro Peçanha Martins, se V. Exa., permite-me, a natureza jurídica da ação meramente declaratória não comporta exceção. É preceito para uma futura ação. Data venia, o que está aqui não é objeto de execução. **Estamos dizendo que há um ajuste a ser feito.**

O EXMO SR. MINISTRO PÁDUA RIBEIRO: [...] **Chego a admitir que, futuramente, a matéria [alusiva à adoção dos juros de mercado como parâmetro do ressarcimento] possa ser trazida à apreciação do Judiciário, mas não me cabe antecipar sobre ela. [...]**

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: [...] **ênfatizando com o Relator e todos os Ministros, de que há que se fazer uma nova e completa instrução probatória para restabelecer-se a equação financeira do contrato**".

3. As ações declaratórias visam a instalar certeza jurídica quanto a uma dada situação narrada e ponto. Não trazem conteúdo mandamental ou executivo. São inexecuíveis, diversamente das ações condenatórias – sublinhando-se, que as ações condenatórias, de seu turno, não podem ser tomadas como simples ações de execução do título alcançado nas declaratórias. Nas ações condenatórias, é que o “efeito normal” da sentença é o executivo, exequibilidade que não se tem nas ações declaratórias. Pontes de Miranda (**Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1947, v. 1, p. 106, 117 e 121) acrescentava: “Mediante a sentença proferida na ação declaratória, nem se pode executar, nem constituir. Nem por ela se pode pedir reconhecimento de obrigação [...]”. E mais adiante: “A sentença proferida na ação declaratória escapa ao processo de execução: apenas estabelece a clareza judicial do direito ou da relação jurídica [...]”. Ademais, enquanto a sentença constitutiva altera a relação jurídica entre as partes, “a sentença declaratória apenas fixa a existência ou inexistência dessa relação, não alterando seu conteúdo (efeito ‘certificativo’). A estabilidade proveniente da sentença declaratória recai sobre o juízo de existência ou inexistência da relação, que não se confunde com a relação

em si, pertencendo a sistema distinto, como metalinguagem”. Sinteticamente: “A sentença declaratória pretendida pelo autor não lhe traz segurança sobre qualquer situação jurídica, mas sobre uma posição de vantagem” (Francisco Antônio de Barros e Silva Neto. **A antecipação de tutela nos processos declaratórios**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 73 e 82).

4. Os danos alegados pela autora não foram comprovados; não se comprovou a realização pela autora de financiamentos no mercado para a captação de recursos dirigidos especificamente e alocados efetivamente à obra de Itaparica; não se comprovaram os custos que a empresa autora teve que arcar efetivamente em vista desses financiamentos (quais os juros de mercado e encargos financeiros aplicados realmente em tais negócios); não se comprovou que esses custos foram superiores aos valores percebidos pelo particular, contratualmente previstos para a hipótese de inadimplemento. Por outro lado, mostrou-se, com clareza, que a captação de recursos no mercado não se apresentava como necessária para fins de cobertura dos custos da obra de Itaparica. Evidenciou-se a pouca significância dos valores devidos pela CHESF, sem repercussão em termos de imposição de busca de recursos no mercado. Confirmou-se a inexistência de provas de que a captação de recursos no mercado financeiro se fez, em específico, para fins de dar andamento às obras de construção do sistema hidroelétrico de Itaparica.

5. Não comprovado prejuízo, não há o que reparar.

6. Portanto, não se desincumbindo de ônus que é seu, de prova dos fatos constitutivos de seu direito (art. 333, I, do CPC), não há como se acolher o pedido da autora. E, aqui, destaque-se: **A INEXISTÊNCIA DE PROVA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO ALEGADO DÁ ENSEJO À IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO**, não se podendo admitir o acolhimento do pleito, a partir do adiamento ou postergação da apresentação de provas dos próprios fatos constitutivos do direito à fase de liquidação.

7. Mostra-se completamente imprópria e injurídica a compreensão e a adoção de juros de mercado como indexador de correção monetária, pois não têm eles o condão de refletir a variação do poder aquisitivo da moeda. Precedente do STF.

8. A referência a “juros de mercado” deve ser entendida como juros de mercado para aquele tipo de operação de **financiamento específico**, garantido, com *spread* muito menor que a operação de empréstimo, esse com custo bem maior.

9. Apenas instituições financeiras podem praticar juros de mercado. A autora não é instituição financeira e, portanto, não poderia, simplesmente, eleger tal critério como fator de reparação.

10. O direito ao reequilíbrio contratual ou à compensação pelo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato não autoriza a modificação dos critérios estabeleci-

dos no início do processo de seleção do melhor contratante, que orientaram e obrigaram a atuação de todos os concorrentes que almejavam subscrever o contrato em questão. O que está no cerne da noção de reequilíbrio contratual são princípios como equidade, boa-fé, razoabilidade, que impõe a manutenção da equação econômico-financeira originária do contrato celebrado, salvando-a de circunstâncias posteriores à lavratura do negócio jurídico, causativas de onerosidade excessiva imprevista e estranha à vontade das partes. O reequilíbrio contratual não pode ser invocado para justificar pagamento superior à somatória das parcelas de custo de produção e lucro. É a expressão financeira dessa soma que deve ser garantida, não se podendo admitir valor superior sob pena de configuração de enriquecimento injustificado. Daí a inadmissibilidade de acolhimento da pretensão de ressarcimento por juros de mercado. Lembre-se, inclusive, do alerta feito pelo Ministro Peçanha Martins: “os autos não consta a prova de que essa equação financeira se fizesse dessa ou daquela forma, e o que a Constituição determina é que se restabeleça sempre essa equação – vale dizer, em relação a contratos de empreitadas, seja de natureza cível ou administrativa –, **que o preço reflita custo mais lucro, mas aquele lucro obtido e aquele com que ela se apresentou à concorrência**, porque [...] se admitirmos o contrário seria, inclusive, fraudar aqueles outros concorrentes. **Essa é a equação que se busca. Por isso é que não posso, nessa parte do acórdão, admitir a referência a juros de mercado”.**

11. O que os autos revelam é uma (inadmissível) tentativa de imposição de presunções: presume-se a efetivação de financiamentos para a obra junto ao mercado; presume-se um montante financiado; presume-se que a taxa de juros aplicada às operações financeiras foram as identificadas pela postulante; presume-se que os recursos captados foram destinados à obra; presume-se que isso tenha gerado dano a ser ressarcido pelo Estado pelo desequilíbrio do contrato. É óbvio que não se pode partir desse raciocínio, tratando-se de fatos passíveis de serem comprovados por documentação hábil. Destaque-se: se a prova era possível (e indispensável), mas a postulante dela não se desincumbiu, não é lícito chegar ao montante da reparação por arbitramento ou por simplória estimação por presunção de valores.

12. **Improcedência do pedido autoral.**

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1. Totalmente despropositada se afigura a eleição (arbitrária, diga-se) pela autora, a título de “juros de mercado”, da taxa de captação de empréstimos para capital de giro e equivalente. Quanto à taxa de juros de mercado a ser adotada, o máximo aceitável seria a aplicação de taxa média concernente a financiamentos para obras de grande porte, a exemplo de Itaparica. É prudente lembrar a diferença entre empréstimo e financiamento. A vinculação própria do financiamento se traduz em juros menores que os de empréstimos.

2. Não se poderia confundir o hipotético título judicial com o critério de correção monetária do título. Os “juros de mercado” pagos seriam o título principal para o ressarcimento, mas o critério de correção desse não é o do título, no que se imporia a observância do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

3. Para se ter uma idéia, aproximada, da repercussão financeira, no caso de procedência do pedido formulado pelo particular (**em valores de 2008, de mais de R\$1.220.000.000,00**), é de se dizer que o montante almejado seria suficiente para a aquisição pelo Governo brasileiro de mais de **5.000 caças franceses Rafale** (cada um orçado em R\$240.000.000,00), tornando a Força Aérea Brasileira a mais portentosa do mundo. Seria também suficiente **para quitar, no mínimo duas vezes, a dívida externa brasileira** (estimada, no final do ano de 2009, em US\$205,5 bilhões, considerando-se o dólar equivalente a R\$1,74, em 13.01.2010). Outrossim, esse quantum corresponde a **17 vezes o valor das hidroelétricas de Belo Monte (que será a quinta maior do mundo), Santo Antônio e Jirau, atualmente em construção, ou seja, com o montante pretendido, construir-se-iam 51 hidroelétricas muito maiores que Itaparica ou, pelo menos, 10 hidroelétricas de Itaipu.** Corresponde, finalmente, em termos exemplificativos, **praticamente, ao valor total do Orçamento da União para o ano de 2010** (R\$1.860.000.000.000,00).

VII – DISPOSITIVO E CONSECTÁRIOS

1. **Preliminares e prejudicial de mérito rejeitadas. Provimento da apelação da CHESF, da UNIÃO e do MPF. Desprovimento da apelação da empresa autora. Improcedência do pedido autoral.**

2. **Condenação da autora nas custas processuais e em honorários advocatícios que se arbitra, em vista do art. 20, do CPC e dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e para não incidir no mesmo equívoco da parte autora, em R\$100.000,00, a ser rateado em favor da CHESF e da UNIÃO.**

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA

ASSÉDIO MORAL

EXMO. SR. DR JUIZ TITULAR DE UMA DAS VARAS DO TRABALHO DE JABOATÃO DOS GUARARAPES-PERNAMBUCO.

XXXXXXX, brasileiro, solteira, auxiliar administrativo, identidade nº XXXX, SSP-PE, inscrita no CPF/MF sob o nº XXXXXX, residente e domiciliada à rua XXXXX, por seu advogado infra-assinado (procuração anexa), vem, com fundamento nos **artigos 840 e seguintes da CLT**, propor **RECLAMAÇÃO TRABALHISTA** contra a empresa **YYYY**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 00.000.000/0000-00, estabelecida na XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, Jaboatão dos Guararapes-PE, CEP: 00000-000, contra a empresa **WWWW**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº XXXX, com endereço na Avenida XXXX, e contra a empresa **ZZZZ**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº XXXX, estabelecida na rua XXXXX, tendo para tanto os motivos de fato e de direito adiante aduzidos.

1 - Do requerimento do benefício da justiça gratuita

Declara, a reclamante, que atualmente está desempregada, ciente das cominações legais por declarações inverídicas, e na forma do § 3º do artigo 790 da CLT c/c o artigo 4º da Lei 1060/50, que não está em condições de pagar custas, honorários advocatícios, emolumentos e traslados, sem prejuízo do próprio sustento.

Posto isto, **requer**, de logo, sejam-lhe concedidos os benefícios da Justiça Gratuita.

2 – Os fatos referentes ao contrato de trabalho

A reclamante foi admitida para trabalhar primeiramente com CTPS anotada pela WWW, isto em data de 07.05.2007, porém os seus serviços eram prestados nas dependências, com pessoalidade e sob subordinação direta à YYYY.

Em 02.11.2007 teve sua CTPS dado baixa pela WWW, tendo sido procedida, após, precisamente em 04.12.2007, a anotação pela ZZZZ, porém os serviços continuavam a ser prestados da mesma forma, nas dependências, com pessoalidade e sob subordinação direta à YYYY.

Em 02.05.2008, a CTPS da reclamante foi, mais uma vez, dado baixa, sendo, então, finalmente, assinada pela YYYY, isto em 05.05.2008.

A reclamante, então, veio encerrar o seu ciclo, com injusta demissão pela YYYY, em 13.10.2008.

Não há dúvidas que se trata de uma terceirização

fraudulenta, tendo a YYYY funcionado como pseudo tomadora de serviços na relação, consoante será melhor esmiuçado em tópico específico.

A autora sempre exerceu a função de auxiliar administrativo B, laborando no setor de Controladoria da YYYY, setor este responsável pela área financeira e fiscal da empresa.

Sua remuneração era de R\$ 939,77 (novecentos e trinta e nove reais e setenta e sete centavos) quando tinha CTPS anotada pela WWW; R\$ 1.036,10 (um mil e trinta e seis reais e dez centavos) no período de CTPS anotada pela ZZZZ e pela YYYY.

Os depósitos do FGTS na conta vinculada da reclamante não foram realizados na integralidade, consoante se verá adiante.

Laborava em horário que extrapolava, em muito, o limite legal, consoante será esmiuçado adiante.

A reclamante, ao término dos períodos de CTPS anotada, recebeu verbas rescisórias, todavia, sempre, com valores incorretos.

3 – Do vínculo empregatício com a YYYY – terceirização ilícita – responsabilidade solidária das empresas para com os direitos trabalhistas da autora

Durante o pacto laboral, a reclamante teve a sua CTPS anotada pelas 03 (três) reclamadas, contudo, os serviços sempre foram prestados com subordinação e pessoalidade à YYYY, tratando-se, portanto, sem sombra de dúvidas, de uma terceirização ilícita, com o afã único de tolher os direitos da reclamante, bem como descumprir as obrigações sociais.

Urge assinalar que a reclamante, em que pese tivesse a CTPS anotada, em dado período, por outras empresas, sempre recebeu ordens e prestou contas do seu trabalho à YYYY, utilizando, inclusive, o material e aviamento da YYYY para desempenhar suas tarefas, participando, ao mesmo tempo, de treinamentos e reuniões com os funcionários da referida empresa.

Observe-se, inclusive, que o cargo ocupado (auxiliar administrativo B), assim como a remuneração da reclamante, obedeciam às regras e valores praticados pela YYYY, o que demonstra, à saciedade, a interposição ilícita de mão de obra.

Destarte, presentes a subordinação e pessoalidade

em relação à YYYY, demonstra-se, às claras, a fraude que salta aos olhos no presente caso.

A fraude, como é peculiar em todo ramo do direito, em especial o do trabalho, deve ser reprimida, por não se adequar, em nenhum momento, aos anseios sociais. A CLT tem dispositivo específico a respeito:

“Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

A fraude, então, não pode prosperar, e a **Súmula 331, do Colendo TST**, é incisiva a respeito, gizando a formação do vínculo empregatício direto com o tomador de serviços, que passa a responder solidariamente com o prestador de serviços pela consecução dos direitos trabalhistas tolhidos do empregado. Eis os termos da Súmula:

“Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 3.1.1974).

*III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, **desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.**”*

A jurisprudência não vacila a respeito:

“TERCEIRIZAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO DIRETA ENTRE O TRABALHADOR E A EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE AS PARTES CONFIGURADO. Presentes os requisitos do vínculo de emprego (arts. 2º e 3º da CLT) na relação entre o trabalhador e a empresa tomadora dos serviços, o vínculo de emprego forma-se diretamente entre essas partes. Pouco importa se o trabalhador teve seu vínculo formalizado com terceira empresa, dita prestadora de serviços. Para o Direito do Trabalho, interessa a realidade dos fatos sendo irrelevante a forma ou o rótulo que lhes é atribuído pelas partes. Trata-se de postulado do chamado princípio da primazia da realidade sobre a forma, que encontra previsão nos arts. 2º, 3º e 442 da CLT, entre outros dispositivos. Com efeito, constituindo-se esse ramo jurídico em um conjunto formado por normas predominantemente de ordem pública, não pode ser derogado pela simples veste formal conferida pelas partes à relação. A tutela trabalhista incide de forma imperativa.

Ainda, se presentes os requisitos da relação de emprego (arts. 2º e 3º da CLT) entre trabalhador e tomador de serviços, pouco importa se os serviços prestados se inseriam na atividade-meio ou na atividade-fim do tomador, o vínculo se forma diretamente com este. Na realidade, nesse caso não há verdadeira terceirização, mas sim mera intermediação de mão-de-obra, a qual só é admitida em hipóteses absolutamente excepcionais (como no caso do trabalho temporário). Nesse sentido, a Súmula n.º 331, III, do C. TST. Recurso da segunda ré ao qual se nega provimento, no particular.” (TRT 09ª R.; Proc. 10443-2006-002-09-00-6; Ac. 23302-2008; Primeira Turma; Rel. Des. Edmilson Antonio de Lima; DJPR 04/07/2008)

“TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. PESSOALIDADE E SUBORDINAÇÃO JURÍDICA DIRETA COM O TOMADOR DE SERVIÇOS. Em princípio, é ilegal a contratação de trabalhadores através de interposta pessoa. Admite-se a medida, no entanto, nas hipóteses previstas na pelas Leis 6.019/1974 (contrato temporário) e 7.102/1983 (vigilância), além das atividades de conservação e limpeza e dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. Contudo, neste último caso, é indispensável a inexistência de personalidade e subordinação jurídica com o tomador de serviços (Súmula nº 331/TST, III), que, caso comprovadas, conduzem à formação do vínculo empregatício diretamente com este, como se deu no vertente caso em apreço em irretocável decisum.” (TRT 03ª R.; RO 01708-2006-104-03-00-9; Oitava Turma; Rel. Juiz Heriberto de Castro; Julg. 21/11/2007; DJMG 01/12/2007)

Assim sendo, diante da ilicitude da interposição da mão de obra no presente caso, o vínculo empregatício se forma diretamente com o tomador de serviços, no caso a YYYY, até porque presentes os requisitos (habitualidade, onerosidade, subordinação e personalidade) dos artigos 2º e 3º da CLT.

Inobstante, ainda que assim não entenda V. Exa., a responsabilidade da YYYY emerge como tomador do serviço, na esteira do **inciso IV, da Súmula 331, do TST**. É o que requer, alternativamente.

Passamos, então, a destrinchar os direitos tolhidos, elencando, ao final, os pedidos.

4 - Da motivação dos pedidos

4.1 - Dos depósitos do FGTS

Ao longo do período laborado, as reclamadas deixaram de efetuar alguns depósitos na conta vinculada do FGTS da autora, conforme extrato analítico anexo, a saber:

- maio e 13º salário de 2007;

• **13º salário proporcional de 2008.**

A reclamante, ainda, não recebeu o FGTS sobre as férias proporcionais + 1/3, o que deve ser pago.

É, portanto, a reclamante, credora das referidas diferenças, com repercussão na multa de 40%.

4.2 - Das horas extras

A reclamante sempre teve a seguinte jornada de trabalho:

*** das 07:00 às, em média, 20:30 horas, sendo que, nas últimas duas semanas que antecediam o final do mês, o horário de largar era por volta das 22:00 horas, em face do fechamento das contas da YYYY;**

*** o intervalo era de cerca de 20 (vinte) minutos, na hora do almoço.**

A reclamante somente batia ponto quando teve CTPS assinada pela YYYY, contudo nos horários pré-determinados pela empresa, ou seja, exemplificando, chegava às 07:00 horas, porém só batia o cartão às 07:30 horas, ou batia o cartão no final da tarde e continuava trabalhando. Destarte, impugna, de logo, eventuais cartões de ponto apresentados, porquanto não refletem a real jornada desempenhada pela reclamante.

A reclamante recebeu, durante o contrato de trabalho, ínfimas horas extras, sendo credora das diferenças, com os devidos reflexos legais.

O adicional a ser pago é de 100%, conforme Convenção Coletiva da Categoria.

4.3 - Do repouso semanal remunerado sobre as horas extras

A reclamante, como demonstrado acima, faz jus ao recebimento de horas extras laboradas, título que integra o seu salário, repercutindo, inclusive, sobre o repouso semanal remunerado.

Assim sendo, conclusivo é que, em face da natureza salarial do repouso semanal remunerado, **ex vi** do artigo 10 do Decreto nº 27.048/49, que regulamentou a Lei 605/49, que dispõe sobre repouso semanal remunerado e pagamento de salário, nos feriados civis e religiosos, o apurado a título de rsr sobre horas extras laboradas integram a remuneração para efeitos dos cálculos rescisórios, sendo este, inclusive, o entendimento do E. TRT da 6ª Região, através do Enunciado 03, que ora se transcreve, in verbis:

“DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO DE REPOUSOS SEMANAIS - NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO- MATÉRIA DISCIPLINA PELO ARTIGO 10 DO REGULAMENTO APROVADO PELO DECRETO Nº 27.048, de 12 DE AGOSTO DE 1949 - As diferenças de remuneração de repousos semanais, decorrentes de horas extras, implicam o

direito à complementação do pagamento de aviso prévio indenizado, férias, gratificação natalina e depósitos de fundo de garantia do tempo de serviço - FGTS, em razão da natureza salarial definida pelo artigo 10, caput, do regulamento aprovado pelo Decreto nº 27.048, de 12 de agosto de 1949.” Negritos nossos.

4.4 – Do ressarcimento das despesas para deslocamento em virtude do exercício das funções

A reclamante, no desempenho de suas funções, tinha que, em média 03 (três) vezes por semana, deslocar-se, durante o seu expediente, para a Secretaria da Fazenda Estadual para resolver pendências fiscais da empresa YYYY, contudo não lhe era fornecido o dinheiro referente às passagens para deslocamento de ida e volta, cujo valor acabava sendo arcado pela reclamante.

Isto lhe custava R\$ 5,00 (cinco reais) por dia , ou seja, considerando uma média de 03 (três) vezes por semana, a reclamante arcava com cerca de R\$ 60,00 (sessenta reais) por mês para deslocar-se a serviço da empresa YYYY.

Não há dúvidas que o fato afeta o princípio da intangibilidade salarial, porquanto se delinea como um desconto indireto do salário da reclamante, quando, como se sabe, cabe à empresa arcar os riscos do seu empreendimento econômico, e não transferir para o empregado, consoante disposição do **artigo 2º da CLT.**

A jurisprudência anda na mesma esteira:

RECURSO DE REVISTA. UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO PRÓPRIO DO EMPREGADO EM BENEFÍCIO DA EMPRESA. RESSARCIMENTO. AUSÊNCIA DE AJUSTE PRÉVIO. VIABILIDADE. **A utilização do veículo próprio do empregado demanda, independentemente de ajuste prévio, o ressarcimento das despesas pelo empregador, já que utilizado em benefício de seu empreendimento econômico, não cabendo imputar os riscos e custos do negócio ao trabalhador, sob pena de ofensa ao princípio da intangibilidade salarial.** Recurso de revista conhecido e desprovido. (Tribunal Superior do Trabalho TST; RR 281/2002-016-04-00.4; Sexta Turma; Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga; DEJT 17/10/2008; Pág. 1019)

INDENIZAÇÃO PELA UTILIZAÇÃO DE VEÍCULO PARTICULAR. **Incumbe ao empregador proporcionar ao empregado os meios necessários à realização do trabalho, consoante artigo 2º da CLT.** Constatada a utilização de veículo próprio do empregado para a realização das atividades laborativas, é devido o ressarcimento das despesas correspondentes pelo empregador. Recurso do réu não provido. (TRT 04ª R.; RO 00043-2007-020-04-00-2; Primeira Turma; Relª Desª Conv. Maria da Graça Ribeiro Centeno; Julg. 18/09/2008; DOERS 24/09/2008)

Destarte, a reclamante deve ser ressarcida dos gastos em comento, na proporção de R\$ 60,00 (sessenta reais) por mês trabalhado.

4.5 - Da Substituição

A reclamante, em várias ocasiões, durante o liame empregatício, substituiu outros empregados do seu setor, sem que tenha recebido a contraprestação respectiva pela substituição, correspondente à remuneração do empregado substituído.

Num primeiro momento, assim que foi contratada, recebeu treinamento por cerca de um mês e passou a exercer as funções do empregado de nome AAAA, que era conhecido na empresa como AAAA, já que este foi deslocado para a chefia do setor, em face da licença gestante da chefe, Sra. BBBB.

Referido empregado era auxiliar administrativo A, percebendo, portanto, remuneração maior do que a reclamante.

Essa situação perdurou por dois (02) meses, ou seja, de meados de junho a meados de agosto/2007, quando a reclamante, então, foi deslocada para as funções de AAAA, que ocupava o cargo de analista financeiro, durante o seu período de férias (mais ou menos de meados de agosto até meados de setembro/2007).

Da mesma forma, a Sra. BBBB também recebia remuneração maior do que a reclamante.

Após o final das férias de BBBB, a reclamante voltou desempenhar as funções de AAAA, o que perdurou até a 1ª baixa na CTPS, isto no início de novembro/2007.

A reclamante, ainda, substituiu a Sra. BBBB em duas outras férias da mesma, ocorridas, ao que se recorda, nos meses de dezembro/2007 e maio/2008.

Em todas essas ocasiões, a reclamante faz jus ao salário dos substituídos, o que, entretanto, não era cumprido pela demandada.

O entendimento da **Súmula 159, item I, do TST** é tranqüilo a respeito:

Súmula nº 159. Substituição de caráter não eventual e vacância do cargo. (Incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 112 da SDI-I)

I - Enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituído fará jus ao salário contratual do substituído. (ex-Súmula nº 159 - Res. TST/TP 121/2003, DJU 21.11.2003)

A reclamante é, portanto, credora de diferenças salariais, com os devidos reflexos.

4.6 - Da devolução de desconto indevido

Durante um desses períodos de substituição da Sra. BBBB (maio/2008), passou despercebido pela reclamante uma conta telefônica da empresa, tendo a reclamada procedido ao desconto no salário da reclamante em 05 (cinco) parcelas de R\$ 44,80 (quarenta e quatro reais e oitenta centavos) do valor dos juros pelo atraso no pagamento.

Na ocasião, a reclamada obrigou a reclamante a assinar termo de concordância com o desconto, o que é nulo de pleno direito, tendo em vista o vício de consentimento que emerge.

O fato ocorreu sem qualquer dolo da reclamante, sendo, portanto, indevido o desconto efetuado, que deve ser devolvido, tudo na esteira do **artigo 462 da CLT**.

4.7 - Da multa do artigo 477, § 8º, da CLT

Durante um desses períodos de substituição da Sra. BBBB (maio/2008), passou despercebido pela reclamante uma conta telefônica da empresa, tendo a reclamada procedido ao desconto no salário da reclamante em 05 (cinco) parcelas de R\$ 44,80 (quarenta e quatro reais e oitenta centavos) do valor dos juros pelo atraso no pagamento.

Na ocasião, a reclamada obrigou a reclamante a assinar termo de concordância com o desconto, o que é nulo de pleno direito, tendo em vista o vício de consentimento que emerge.

O fato ocorreu sem qualquer dolo da reclamante, sendo, portanto, indevido o desconto efetuado, que deve ser devolvido, tudo na esteira do **artigo 462 da CLT**.

4.8 - Do dano moral

O liame empregatício entre partes se caracterizou por atitudes repreensivas e constrangedoras desenvolvidas no ambiente de trabalho que afetaram a honra, a imagem, a fama, a integridade, a dignidade, a intimidade da reclamante, gerando aflição e dores íntimas suficientes para desenharem as linhas do assédio moral e sexual a ser judicialmente reconhecido e reprimido.

Os fatos iniciaram a se concretizar desde o ingresso da autora no ambiente de trabalho, que sempre se operou, como visto alhures, nas dependências da BIMBO, quando um empregado da BIMBO de nome CCCC passou a perseguir a reclamante com propostas indecentes, utilizando, constantemente, palavras e frases de baixo calão, como "gostosa", "isso tudo é seu", "eita se tu me quizesse", dentre outras, isto quando não ficava fitando as nádegas da reclamante como forma de constrangê-la.

A reclamante, diante da situação que estava lhe causando mal estar e sofrimento, inclusive perante seus colegas de trabalho, comunicou o fato à chefia imediata, Sra. DDDD, para que fosse tomada alguma atitude, no entanto, ao contrário, nada foi feito, o que fez perdurar a situação.

Em meados de maio de 2008, então, novo fato aconteceu: houve o desaparecimento de uma barra de cereal da funcionária BBBB, tendo o Sr. CCCC, certamente contrariado pelas recusas, acusado a reclamante de ter pego o alimento, o que gerou um atrito entre a reclamante e a funcionária BBBB, dado à insistência do Sr. CCCC em acusar a reclamante. Nesta ocasião, a reclamante, inclusive, chegou a adquirir várias barras de cereal e entregou a Sra. BBBB, que, prontamente, as jogou no chão, recusando-as.

Este fato em espécie ocorreu quando a chefe do setor (DDDD) estava viajando. Após a sua chegada, foi realizada uma reunião com a reclamante, o Sr. CCCC e a Sra. BBBB, mas o Sr. CCCC continuava a acusar a reclamante, só vindo a ceder diante da alegação da reclamante de que iria prestar uma queixa na Delegacia de Polícia, foi aí que a Sra. DDDD ameaçou a reclamante de demissão se assim procedesse.

Após esse dia, o Sr. CCCC acirrou a sua perseguição à reclamante, pois ficava observando a reclamante no telefone, e, ainda, seguindo a mesma quando ia à copa para beber água ou café, tudo para passar informações para a Sra. DDDD, o que perdurou até o momento da demissão.

Os fatos, sem sombras de dúvidas, causaram dor, transtornos, aflição, afetação à honra, imagem, fama, dignidade, intimidade e integridade da reclamante, que, como ser humano, é sujeito de direitos e obrigações, adquirindo esses direitos da personalidade, que são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Direitos impostos erga omnes e que devem ser respeitados irrestritamente.

Toda e qualquer violação desses direitos deve ser alvo de sanções, ou seja, uma indenização pelo dano causado à vítima.

Parte-se, então, do conceito de dano como sendo toda lesão a um direito. Por moral, entende-se ser tudo aquilo que está fora da esfera patrimonial do indivíduo. O dano moral exprime sofrimento, dor que, nos dizeres de Aurélio Buarque de Holanda, é uma *“sensação desagradável, variável em intensidade e em extensão de localização, produzida pela estimulação de terminações nervosas especializadas em um recepção. Sofrimento moral; mágoa, pesar, aflição”*.

E, ainda, conforme ensinamento de Christiano Almeida do Valle:

“A dor, física ou moral, é um só: é a dor! (...) Como a fisiologia e a psicologia não diferenciam a dor, somente pode haver diferença na sua causalidade. Logo, dor física e dor moral ficam igualadas, não obstante a dor física impedir o labor manual, algumas vezes. Mas o acabrunhamento ou a prostração moral também impede a execução dos serviços, sejam físicos ou intelectuais.” (Dano Moral, Rio de Janeiro: Aide, 1996, p. 57).

O TRT da 17ª Região muito bem explicitou que **“O dano moral é lesão de natureza extrapatrimonial, consistente em imposição de prejuízo à consideração pessoal ou social do indivíduo na sociedade com a qual compartilha valores atinentes à honra, intimidade, imagem, integridade psíquica etc, tendo em vista que o conceito de dignidade alcança aspectos que refogem à simplória satisfação de necessidades materiais.”**

Dano, desta forma e com as vestes ora presente, é

a agressão a qualquer direito, material ou não, provocado com dolo ou culpa pelo agente e que venha a causar a uma pessoa, independente da sua vontade, uma diminuição no valor de um bem resguardado pelo direito, seja de valor pecuniário ou meramente afetivo, moral.

Neste cenário, não há qualquer espécie de dificuldade de visualização do prejuízo moral a que foi submetida a autora em decorrência do ambiente de trabalho desvirtuado, o que era, inclusive, de conhecimento público, afetando diretamente a reclamante.

Os fundamentos que justificam a indenização pelo assédio moral e sexual estão consubstanciados na Carta de 1988, especificamente no **artigo 5º, incisos V e X, da CF/88**, que assim giza:

“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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

O Código Civil, na mesma esteira, aventa a reparabilidade dos danos causados por ato ilícito praticado, neste caso os abusos e desmandos extremos das reclamadas, na forma dos **artigos 186 e 927 do CC de 2002**, cujos termos assim enunciam:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”

À exatidão, estão presentes os pressupostos da responsabilidade da ré, a saber: a) **ato ilícito** (assédio sexual e moral) praticado no ambiente de trabalho por empregado da reclamada, com conhecimento dos superiores hierárquicos, sem que fosse tomada nenhuma atitude para repelir os abusos; b) **prejuízo extrapatrimonial** à autora, na medida em que teve sua dignidade, intimidade, honra, imagem e fama afetadas, o que desembocou em aflição e dores íntimas, com geração de transtornos e constrangimentos; e c) o **nexo causal** entre o ato ilícito praticado e o prejuízo causado.

A propósito, a jurisprudência é uníssona neste sentido:

“ASSÉDIO SEXUAL. CARACTERIZAÇÃO. ELEMENTOS. São elementos caracterizados básicos do assédio sexual: 1) Sujeitos: Agente (assediador) e destinatário (assediado); 2) Conduta de natureza sexual; 3) Rejeição à conduta do agente; e 4) Reiteração da conduta. A relação de poder entre os sujeitos não é essencial para a caracterização do ilícito trabalhista, diferentemente do que ocorre com a figura penal, pois aquele, em tese, poderá ocorrer entre colegas de serviço, entre empregado e o cliente da empresa e entre o empregado e o seu empregador, este último figurando como agente passivo, dependendo, logicamente, do poder de persuasão do agente ativo, e.g., coação irresistível. O comportamento sexual reprovado é composto pelos atos da conduta do agente ativo, seja ele homem ou mulher, que, para satisfazer a sua libido, utiliza-se de ameaça direta ou velada para com a pessoa objeto do seu desejo, subjugando a sua resistência. Lembremo-nos de que a vítima deve ter a chance de negar o pedido do agente ativo, pois, caso contrário, o ato sexual estará sendo praticado com violência (estupro e atentado violento ao pudor). O assédio sexual pressupõe sempre uma conduta sexual não desejada pela pessoa assediada, que inequivocamente manifesta a sua repulsa às propostas do assediante. Por isso a simples paquera ou flerte não é considerado como assédio sexual, pois não há uma conotação sexual explícita. Finalmente, o assédio sexual depende da reiteração da conduta tida por ilícita por parte do assediante. Todavia, em casos excepcionais, se a conduta do assediante se mostrar insuperável é possível o afastamento do requisito em comento. A falta de qualquer um destes requisitos desfigura o ilícito de assédio sexual. ASSÉDIO SEXUAL. CULPA CONCORRENTE. Deve ser levada em conta a existência de culpa concorrente da vítima que, ainda que não justifique a violência do ato, será uma atenuante ou, talvez, uma explicação para o comportamento do assediador.” (TRT 15ª R.; RO 1041-2005-024-15-00-4; Ac. 28048/06; Décima Primeira Câmara; Rel. Des. Flavio Nunes Campos; DOESP 09/06/2006; Pág. 93)

ASSÉDIO SEXUAL E MORAL. Resta patente que a autora foi vítima de assédio sexual e moral, com a postura praticada pela empresa em total desapego ao primado constitucional que valora a dignidade do trabalho humano. Multa do art. 477 da CLT. A interpretação do art. 477 da CLT não deve se limitar ao descumprimento pelo empregador do prazo estipulado para quitação dos haveres

trabalhistas, devendo ser aplicada também na hipótese do pagamento das parcelas ter sido efetuado a menor. Pagamento a menor não representa quitação das parcelas. (TRT 17ª R.; RO 00382.2007.005.17.00.5; Ac. 6260/2008; Rel. Juiz Sérgio Moreira de Oliveira; DOES 11/07/2008; Pág. 15)

MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SADIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO. A responsabilidade pelos eventos acontecidos no ambiente de trabalho e principalmente em decorrência de como o labor é prestado, aí incluídas as relações intersubjetivas, é de natureza objetiva, na forma do disposto no inciso III, do art. 932 do CCB/02. Logo, não há qualquer influência na determinação da responsabilidade do empregador se a ofensa é praticada por colega de trabalho do mesmo nível ou por superior ou inferior hierárquico. Tal premissa deve nortear todas as circunstâncias em que haja comprometimento do ambiente do trabalho (agressões físicas e verbais; assédio moral ou sexual; práticas estressantes de trabalho, com ou sem o advento da síndrome de burnout). (TRT 17ª R.; RO 01858.2004.008.17.00.1; Ac. 3047/2008; Rel. Juiz Cláudio Armando Couce de Menezes; DOES 15/04/2008; Pág. 18)

Neste caso, o ressarcimento do dano moral se impõe, até como medida pedagógica, para que as reclamadas não recaiam na reincidência de atos dessa estirpe. O valor deve ser fixado conforme o Vosso prudente arbítrio, observando o senso de equidade de V. Exa.

5. Do pedido

Isto posto, **requer**, a reclamante, o reconhecimento do vínculo empregatício com a 1ª reclamada, conforme exposto no item “3”, estabelecendo a sua condição de empregada da YYYY, condenando, em consequência, solidariamente, todas as reclamadas, nos seguintes títulos:

A) retificação das anotações da CTPS da reclamante, determinando seja anotada durante todo o período pela YYYY, estando corretos, lembre-se, a função e a remuneração;

B) diferenças de FGTS + 40%, inclusive sobre o 13º salário proporcional e férias proporcionais + 1/3, conforme exposto no item “4.1”;

C) horas extras + 100%, com reflexos no aviso prévio, 13ºs salários, férias simples e proporcionais + 1/3 e FGTS + 40%;

D) repouso semanal remunerado sobre as horas extras, com reflexos no aviso prévio, 13ºs salários, férias simples e proporcionais + 1/3 e FGTS + 40%;

E) ressarcimento das despesas realizadas no desempenho das atribuições da reclamante, no importe de R\$ 60,00 (sessenta reais) mensais, conforme tópico “4.4”;

F) diferenças salariais em face das substituições havidas, conforme tópico “4.5”, com reflexos no aviso prévio, 13ºs salários, férias + 1/3, FGTS + 40% e horas extras + adicional;

G) devolução do descontos indevido, conforme tópico “4.6”;

H) multa do § 8º, do artigo 477 da CLT;

I) pagamento de indenização pelos danos morais causados, cujo valor deve ser arbitrado segundo o prudente arbítrio de V. Exa, levando-se em conta as condições das partes e a extensão do dano, conjugando com o caráter repressivo e educativo, para evitar novas práticas ilegais e abusivas, tudo conforme exposto no tópico “4.8”;

J) pagamento de honorários advocatícios à base de 20% (**art. 133 da CF/88 c/c art. 20 do CPC**), ofícios à DRT, INSS, entre outros.

Requer, ademais, em caso de não aceitação da tese de que a reclamante era empregada da BIMBO durante todo o liame empregatício, o que não se espera, que seja, então, **alternativamente**, condenada a YYYY como responsável subsidiária pelas obrigações trabalhistas ora pleiteadas, inteligência do **item IV, da Súmula 331, do TST**.

Requer, ainda, seja a reclamada YYYY compelida a trazer aos autos os demonstrativos de salários dos funcionários BBBB e AAAA, na forma do **artigo 355 do CPC**, para efeitos de eventual liquidação do pedido de substituição.

6. Do Requerimento final

Por fim, **requer**, a reclamante, a notificação das reclamadas, para, querendo, oferecerem resposta aos termos da presente reclamação, e, ao final, sejam julgados a procedentes os pedidos formulados, protestando provar o alegado por todos os meios admissíveis em direito, especialmente juntada posterior de documentos, oitiva de testemunhas, perícias, e, especialmente, o depoimento pessoal do representante da reclamada, sob pena de confissão (**Enunciado 74 do TST**).

7. Do Valor da Causa

Dá-se à causa o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), para mero efeito de fixação de alçada.

Pede deferimento

Recife, 22 de janeiro de 2009.

Pelópidas Soares Neto

Adv. OAB-PE 16.182

CPF nº 934.376.924-53

AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA DA CAPITAL DE PERNAMBUCO

AA, brasileira, casada, portadora da Cédula de Identidade nº XXXX SSP/PE, inscrita no CPF sob o nº XXXX, residente e domiciliada à Rua XXXX Recife-PE, **BBB**, brasileira, solteira, portadora da Cédula de Identidade nº XXXX SSP/PE, inscrita no CPF sob o nº XXXX, residente e domiciliada à Rua XXXX Recife-PE, **CCC**, brasileira, casada, portadora da Cédula de Identidade nº XXXX SSP/PE, inscrita no CPF sob o nº XXXX, residente e domiciliada à Av. XXXX, Recife-PE, **DDD**, brasileira, casada, portadora da Cédula de Identidade nº XXXX SSP/PE, inscrita no CPF sob o nº XXXX, residente e domiciliada à Rua XXXX, Recife/PE, por seus advogados infra-firmados, devidamente constituídos nos termos dos instrumentos procuratórios anexos (Docs. 01-14), com endereço profissional à Rua AAAAAAAAA, nº 000, XXXXXXXX, Recife-PE, CEP 00000-000, onde receberão as intimações necessárias, vêm, propor **AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM** em relação a Sra. **AAA**, falecida em XX de dezembro de 20XX, em face de **FFF**, brasileira, viúva, aposentada, portadora da Cédula de Identidade nº XXXX SSP/PE, inscrita no CPF sob o nº XXXX, residente e domiciliada à Av. XXXX, Recife/PE, na condição de herdeira colateral interessada, pelas razões de fato e direito que a seguir expõe para ao final requer:

I - Histórico

As requerentes são filhas registrais e biológicas de XYZ (falecido em 2003) e de ZZZ, que foram casados de 1956 a 1967.

Com o desquite do casal, em 1967, o genitor das requerentes passou a conviver com YYY. Na ocasião, as requerentes e a irmã DD, já falecida, então menores de idade, passaram a ser criadas exclusivamente pelo genitor e, conseqüentemente, com a madrasta YYY. Contudo, YYY, que poderia ter exercido apenas o papel de companheira do genitor das menores, foi além, assumindo as responsabilidades de educação das enteadas e gerando entre elas uma relação de afeição, respeito e identidade. Nesta época, a filha mais velha tinha 08(oito) anos de idade.

Impende salientar que a genitora das Requerentes, Sra. DD, dois anos após o desquite, mudou-se para o Estado do Rio de Janeiro, onde passou a trabalhar, até o início da década de oitenta, deixando as filhas sob os cuidados paternos e aquiescendo com a assunção, por parte de YYY, de responsabilidades sobre as mesmas.

O genitor das requerentes e a Sra. YYY, conviveram durante 17(dezessete) anos, até 1984, e durante este

período criaram as requerentes **como filhas comuns**. As Requerentes sempre foram identificadas como filhas de YYY, inclusive pela própria família, tendo sido o referencial das mesmas.

Na relação entre a Sra. YYY e as Requerentes estavam presentes os requisitos da POSSE DE ESTADO DE FILHAS, quais sejam, o tratamento e a fama, de forma que as requerentes chamavam a Sra. YYY de “mãe” e esta as chamava de “filhas”, sendo pública e notoriamente reconhecidas como tal. Impende salientar que mesmo sendo responsável pelas Requerentes e detendo sua guarda de fato, YYY nunca impediu o contato das Requerentes com a mãe biológica, de quem sempre obtinham notícias.

Em 1975, a irmã mais velha das requerentes, de nome DD, veio a falecer, e as 04(quatro) requerentes permaneceram a ser criadas pelo genitor e pela Sra. YYY, que também passou a trabalhar para garantir uma melhor qualidade de vida às requerentes, assumindo um cargo público em órgão do governo estadual de Pernambuco.

O sustento, portanto, também era garantido pela Sra. YYY, que chegou, inclusive a, em 1981, antecipar o pagamento dos três anos do ensino médio das “filhas” mais novas, DD e XYZ, no Colégio YYYYY, posto que, até então estudavam em escolas públicas.

As Requerentes foram criadas pela Sra. YYY e estiveram em sua companhia durante toda a vida, mesmo depois que as mesmas contraíram matrimônio, tendo convivido, posteriormente, com os filhos das Requerentes, que sempre a identificaram como a avó materna. Inclusive, a convivência permaneceu mesmo após a separação da Sra. YYY com o pai das Requerentes, ocasião em que passou a conviver com PP, tendo casado com o mesmo, que exerceu fundamental papel como padrasto, identificando as Requerentes como filhas de sua esposa. Inclusive os filhos das Requerentes identificam PP até a presente data como “vovô PP.

O apoio da sua mãe YYY e do padrasto PB não se restringia apenas ao fundamental relacionamento afetivo, mas também de apoio estrutural e material. YYY foi responsável financeira da educação das Requerentes e permaneceu nesta condição, exercendo-a com um dos netos, de nome HHH, filho da Requerente DD (Docs. 15-19). Ainda, manifestou seu interesse em assegurar materialmente os netos HHH e SSS, ao preencher formulário de proposta de Seguro de Vida e de dependência de Seguridade Social, indicando-os como seus beneficiários. (Docs. 20-22)

Conforme se denota do breve histórico alinhavado, a convivência das Requerentes com a Sra. YYY era intensa, decorrente do afeto de uma família estável, suprimindo, inclu-

sive, qualquer eventual carência de YYY em ter filhos biológicos. Em todos os momentos da vida das Requerentes a mãe presente foi YYY, reconhecida nas mais sinceras expressões da infância das Requerentes, conforme se denota dos bilhetes em anexo (Docs. 23-35), donde se depreende inclusive a utilização do mesmo sobrenome, pois as Demandantes sempre a identificaram como referencial materno.

Os momentos de lazer em família se davam, costumemente, na casa de Campo, onde YYY recebia as filhas Requerentes, netos e convidados para confraternizações. Além disso, havia a constante freqüência na casa de YYY e almoços aos domingos, conforme se depreende das fotos que demonstram a convivência ininterrupta, desde que foram “adotadas” como filhas por YYY em 1966, até o seu falecimento, em 20XX (Docs.36-71).

Além das fotografias, cumpre trazer aos autos bilhetes feitos por YYY às filhas, bem como a carteirinha de catecismo de duas das Requerentes, onde a Sra. YYY figura como mãe delas e um dos boletins escolares com o visto de YYY na condição de mãe. (Docs. 72-75)

Após a separação de YYY e PP, a mesma desenvolveu um quadro depressivo e se tornou, neste momento, dependente do carinho e atenção das filhas, que sempre estiveram ao seu lado, apoiando-a e acompanhando em consultas médicas e, inclusive, no seu último internamento (Docs.76-77)

De bom alvitre salientar que os únicos parentes da Sra. YYY são da linha colateral e nunca conviveram com a mesma, senão em raríssimas ocasiões, uma ou duas vezes por ano apenas. A Requerida, de nome AAC, é tia, irmã do genitor de YYY, e sofre de mal de Alzheimer.

Durante o período que a Sra. YYY esteve no hospital, principalmente após o agravamento do quadro, no entanto, os parentes tornaram-se visitas constantes, questionando as Requerentes sobre a existência de contas bancárias, e não perdiam a oportunidade de falar que YYY tinha muito dinheiro e que eles sim, eram a família dela. Entretanto, em momento algum demonstraram-se sensibilizados com o quadro de YYY ou se colocaram à disposição das Requerentes para atendimento das necessidades pessoais e materiais da *de cujus*.

II - Do Direito

A Constituição da República trouxe em seu bojo princípios basilares que devem ser utilizados no sentido de nortear a aplicação da lei, bem como o convívio social. Neles estão inseridas a liberdade e a igualdade, em especial aquela aplicada às noções de filiação, o que gerou a sua desbiologização, deixando claro que os laços biológicos, que outrora eram tidos como os de maior relevância, hoje perderam espaço para valores muito maiores. Neste sentido, deve-se preponderar os laços de afeto, de desvelo, que vão muito além de configurações biológicas ou de qualquer exigência formal.

Com base nessa realidade, é de palmar importância o

reconhecimento, pelo Judiciário, da existência de uma relação pautada no afeto, independente de aspectos formais (registrais) alcançados, garantindo a segurança jurídica às Requerentes, através da declaração da filiação com base nos laços afetivos, considerando a realidade das Requerentes como SOCIOADOTIVA.

Nesta senda, surge a necessidade de se demonstrar que a prática jurídica não pode fechar os olhos para uma realidade evidente, afinal, o Direito tem um papel social a cumprir, e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não somente segundo seu texto e suas palavras, mas consoante as necessidades sociais que é chamado a reger, segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim.

Os “filhos de criação” devem possuir os mesmos direitos que qualquer outro filho, sendo imperioso que o Direito seja aplicado através de uma visão de integridade e coerência, indispensáveis à promoção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Paulo Luiz Netto Lôbo conceitua filiação como sendo:

“(…) conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele.”

Vale dizer que o estado de filiação é gênero do qual são espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Assim sendo, o estado de filiação de cada pessoa, que não se confunde com origem biológica, “(…) é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar, ainda que derive biologicamente dos pais, na maioria dos casos.” Ou seja, o estado de filiação consolida-se na afetividade, instituto este que foi elevado à categoria de princípio jurídico constitucionalmente assegurado.

Assim sendo, pode-se dizer que a filiação é o instituto jurídico no qual se desenvolve todo o liame existente entre pais e filhos, independentemente da origem biológica, uma vez que aquele, como se verá mais detidamente, encontra seu ancoradouro no princípio da afetividade.

A doutrina hodierna identifica três principais vertentes da filiação, a saber: a decorrente das presunções jurídicas; aquela que decorre da origem biológica e genética; e a decorrente da socioafetividade.

As duas primeiras vertentes da filiação se encontram completamente vazias de sentido dentro do novo paradigma contemporâneo do Estado Democrático de Direito.

A terceira vertente compreende a adoção, reconhecida formalmente pela legislação brasileira, a adoção “à brasileira”, também já valorizada pela jurisprudência pátria

e a posse de estado de filho ou posse do estado de filiação que assume espaço nos debates atuais e tem sido defendida com veemência pela melhor doutrina, sendo considerada espécie do gênero *status familiae*. Ela é uma realidade social, apreensível no mundo dos fatos e condição *si nen qua non* para o estabelecimento de uma realidade jurídica da filiação alicerçada na verdade socioafetiva.

Conforme nos ensina Paulo Luiz Netto Lôbo, a posse de estado de filiação ocorre quando alguém assume o papel de filho em face de alguém que assuma o papel ou lugar de pai ou mãe; lugar este, vale dizer, que independe de vínculo biológico. Assim, o autor, em suas próprias palavras, sintetiza: “a posse de estado é a exteriorização da convivência familiar e da afetividade”, ou seja, é ela a responsável por revelar a relação paterno-filial.

Também Zeno Veloso dispõe brilhantemente sobre a matéria afirmando que a posse do estado de filho:

“(…) é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva. A desbiologização da paternidade tem, na posse de estado de filho, sua aplicação mais notória.”

Embora não contempladas expressamente pelo ordenamento jurídico tanto a posse do estado de filho quanto a paternidade socioafetiva, são encontradas através de uma interpretação extensiva e teleológica da Constituição, dentre outras fontes normativas, constituindo tanto elemento probatório quanto fonte de pretensão da filiação. Importante assinalar que, ao contrário dos nossos legisladores, que não atentaram para a importância técnica de se prever expressamente tais institutos em nosso ordenamento, a França, demonstrando seu vanguardismo, já estabeleceu as espécies de presunção do estado de filiação, que não são taxativas:

“Art. 311-1 do Código Civil Francês: A posse de estado se estabelece por uma reunião suficiente de fatos que indiquem a relação de filiação e de parentesco entre um indivíduo e a família a que se diz pertencer.”

Assim, diante da ausência de regra infraconstitucional expressa sobre a matéria no Brasil, necessário que o Poder Judiciário, quando da aplicação da lei em geral, não o faça de forma literal, mas realize um trabalho interpretativo e coerente, alicerçado nos princípios constitucionais que informam a relação de filiação, de maneira tal que não seja apenas um reflexo da letra da lei, mas sim promotores da dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar que a posse do estado de filho constitui o farol condutor da maternidade socioafetiva, sendo aquela materializada sempre que se consiga visualizar os seus elementos constitutivos. Novamente a legislação francesa, em seus arts. 311 e 312, utilizada aqui como estudo comparado e, portanto, fonte do direito, apresenta os elementos necessários à presunção do estado de filiação:

1.Quando o indivíduo porta o nome de seus pais;

2.Quando os pais o tratam como seu filho, e este àqueles como seus pais;

3.Quando os pais provêem sua educação e seu sustento;

4.Quando ele é assim reconhecido pela sociedade e pela família;

5.Quando a autoridade pública o considere como tal.

Desta forma, a prova da filiação deve ser permitida independentemente da existência ou defeito no registro civil, pois uma vez reconhecido o afeto como valor fundante das relações parentais, dentre elas a maternidade, torna-se inafastável a consagração da posse de estado de filho como “o instituto apto a permitir o acolhimento da filiação como fato socioafetivo.”

A doutrina, tradicionalmente, indica como elementos caracterizadores ou constitutivos da posse de estado de filho o nome (*nominatio*), o trato (*tractatus*) e a fama (*reputatio*). Conforme já mencionado, as Requerentes preenchem os três elementos da posse de estado de filiação, posto que, ora assumiram o sobrenome da Sra. YYY, sempre foram tratadas como filhas de YYY, em registros escolares, inclusive, bem como são conhecidas pela sociedade como filhas da *de cujus*, consoante declarações em anexo (Docs.)

Enfim, a filiação cujo reconhecimento ora se busca baseia-se no fato de YYY haver criado inegavelmente as Requerentes, por isso, possui tal filiação existência no mundo dos fatos, mesmo não havendo vínculo biológico ou jurídico.

Entretanto, o fato de existir silêncio normativo não retira dos filhos de criação a igualdade que é conferida à filiação, em sua acepção mais ampla. Mesmo porque:

A descoberta da verdadeira paternidade exige que não seja negado o direito da filiação, qualquer que seja ela, de ver declarada a paternidade. Essa negação é francamente inconstitucional em face dos termos em que a unidade da filiação restou inserida na nova Constituição Federal.

A jurisprudência pátria tem demonstrado que os tribunais começam a reconhecer a importância do vínculo afetivo e seus reflexos no Direito, bem como a legitimidade daqueles que, mantendo uma situação de fato, pretendem reconhecê-las como de direito, conforme se denota:

DIREITO DE FAMILIA - AÇÃO DECLARATÓRIA DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA PÓSTUMA - GARANTIA PREVISTA NO ORDENAMENTO - ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.- Não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido de reconhecimento de FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, posto que esta pretensão encontra respaldo no art. 1.593 do CC/02 que prevê que o parentesco não se funda apenas no critério da consanguinidade, mas também no de outra origem, dentre os quais, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, se inclui a parentalidade SOCIOAFETIVA. (TJMG APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0701.09.260881-2/001 - COMARCA DE UBERA-

BA - APELANTE(S): L.R.O. - APELADO(A)(S): S.M. ESPÓLIO DE, REPDO P/ INVTE E.P. - RELATOR: EXMO. SR. DES. ELIAS CAMILLO, DJ: 03/12/2009) (G.N.)

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE ADOÇÃO PÓSTUMA. POSSE DO ESTADO DE FILHO. ADOÇÃO SÓCIO-AFETIVA. PROCEDÊNCIA. Art. 42, § 5º, ECA e art. 1698, do C. Civl/02. O conceito de "vontade inequívoca" dos falecidos em adotar o filho ainda em vida, para fins de adoção póstuma, se expressa também pela condição de estado de filho. O autor recebeu, de seus guardiães, aos oito anos de idade, o patronímico da família, passando a ser tratado como filho e reconhecido perante a sociedade como tal, até os 21 anos de idade, quando faleceu sua mãe socioadotiva. Situação reconhecida pelos filhos biológicos do casal. Possível a convalidação da adoção após a morte dos adotantes, ainda que não iniciado o processo de adoção, porquanto evidenciado o elemento anímico, consubstanciada na posse do estado de filho amplamente retratada na prova dos autos. Precedente do STJ EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes Nº 70025810441, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 14/11/2008) (G.N.)

NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. APELAÇÃO CÍVEL. CARACTERIZAÇÃO DA FILIAÇÃO AFETIVA. IMPROCEDÊNCIA. Sendo a filiação um estado social, comprovada a posse do estado de filho, não se justifica a anulação de registro de nascimento. Existência de vínculo afetivo entre as partes. Contexto dos autos demonstra a existência de relação parental, e análise das demais provas é desfavorável à tese do demandante. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70021847603, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 19/12/2007) (G.N.)

III - Dos Pedidos

De todo o exposto, é necessário reconhecer a situação de fato das Requerentes, de filiação socioafetiva em relação à Sra. YYY, pelo que requerem:

a) A declaração, em final sentença, desse M.M. Juízo, de reconhecimento de maternidade de YYY em relação às Requerentes DD, XX, XYZ e RRR, para todos os fins de direito, inclusive sucessórios, independentemente de alteração registral e se assim não entender V.Exa.;

b) Que se digne de determinar a expedição de mandados ao Cartório de Registros Cíveis e Casamento competentes, a fim de que seja AVERBADO, com base no art. 102, 2º da Lei nº 6.015/73, o nome da maternidade indicada às Requerentes, suprimindo a identificação de DD e fazendo constar como mãe a Sra. YYY;

c) A citação da Requerida, na condição de herdeira interessada na contenda, para que, querendo, ofereça contestação, no prazo legal, sob pena de revelia;

d) A ouvida do Representante do Ministério Público;

e) Protesta provar o alegado em todos os meios de prova em direito permitidos, em especial a juntada de novos documentos, depoimento pessoal da Requerida, ouvida de testemunhas, perícia, tudo o que desde já requer.

Dá à causa para efeitos fiscais o valor de R\$ 100,00 (cem reais).

São os termos em que,

PEDEM DEFERIMENTO.

Recife, 00 de janeiro de 0000.

LUCIANA DA F. LIMA BRASILEIRO

OAB/PE 23.628

MARIA RITA DE HOLANDA SILVA OLIVEIRA

OAB/PE 10.444

AGRAVO REGIMENTAL - LIBERAÇÃO DE VALORES PARA CIRURGIA NO EXTERIOR

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA PRESIDENTA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MINISTRA ELEN GRACIE, RELATORA DO STA N.º 223

Matéria: Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Teoria do Risco Administrativo (parágrafo 6º, do art. 37, da CF/88). Efeito Suspensivo em Agravo de Instrumento. Cumprimento da Ordem Judicial pelo Executivo: Depósito no valor de R\$ 279.000,00 (danos emergentes). Obstrução da Efetividade da Prestação Jurisdicional pelo Judiciário: Sustação da Transferência dos Valores Destinados ao Pagamento da Cirurgia de Implante de Marcapasso Diafragmático. Médico Norte-Americano: Técnica Cirúrgica com Maior Probabilidade de Sucesso. Contraprestação Garantida Através de Recibos Antecipados e da Interveniência do Hospital Português da Beneficência e do Cremepe – Conselho Regional de Medicina de Pernambuco. Visto Autorizado pelo Ministério das Relações Exteriores. Ausência de Profissionais Habilitados no Brasil: Médico Brasileiro. Todas as Investidas Fadadas ao Insucesso: Alto Risco de Morte. Documentos Includos nos Autos. Vinte Anos da Constituição da República Federativa do Brasil: Direito à Vida; Dignidade da Pessoa Humana.

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instruir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”¹.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, XXXXXXXXX, XXXXXXXX, aposentado por invalidez, **pobre na forma da lei**, inscrito no RG sob n.º XXXXXX SSP/PE e CPF n.º XXX.XXX.XXX-XX, representado neste ato pela sua **Curadora, a Sr.ª XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX**, XXXXXXXX, XXXXXXXX, coordenadora de pesquisa de mercado, portadora do RG sob o n.º XXXXXX SSP/PE, residente e domiciliada na Rua XXXXXXXX, n.º XX, XXXX, XXXXXX – XXXXX/XX, vem, através dos seus advogados signatários, inconformado com a **decisão de fls. X.XXX-XXXX**, que determinou a sustação da exequibilidade da decisão que concedeu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n.º XXXXXXXX-X (decisão mantida pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco em diversas oportunidades, a exemplo das decisões proferidas no Agravo Regimental identificado pelo mesmo número do Agravo de Instrumento acima identificado; no Mandado de Segurança n.º XXXXXXXX-X, no Pedido de Suspensão de Liminar n.º 166841-5 e no

Mandado de Segurança n.º XXXXXXXX-X), **com fundamento nos artigos 6º, II, “d”;** **317, parágrafo 2º, todos do RISTF**, interpor **AGRAVO REGIMENTAL**, o que faz consubstanciado nos pressupostos jurídicos a seguir assinalados:

I - Da assistência judiciária gratuita

O Agravante foi vítima de assalto que o deixou tetraplégico. Atualmente, encontra-se na UTI do Hospital XXXXXXXXXX aguardando o Judiciário autorizar a liberação da quantia paga pelo Poder Executivo para que possa, enfim, ser submetido a uma cirurgia de transplante diafragmático, respirando, com isso, sem a dependência de aparelhos, recebendo, por conseguinte, alta médica. Hoje, encontra-se aposentado por invalidez, percebendo benefício do INSS que não garante o seu sustento e, muito menos, o custo processual, motivo pelo qual é beneficiário da assistência judiciária gratuita e motivo pelo qual se utiliza da garantia da lei n.º 1.060/50 na 1ª e 2ª Instâncias, garantia que se requer, *ad cautelam*, desde já, que seja estendida a essa Colenda Suprema Corte (doc. 01).

II - Da sinopse dos fatos

Em XX de XXXXXX de XXXX, o Agravante, aos 24 anos, foi vítima de mais um assalto ocorrido na zona norte do Recife/PE, que o deixou tetraplégico (lesão cervical das 1ª e 2ª vértebras com lesão completa da medula, além de edema cerebral). O autor do disparo foi XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que, há 06 anos, aguardava em liberdade o julgamento de um homicídio qualificado.

Em coma, entubado, com assistência respiratória e com déficit motor nos quatro membros, em XXXXXX de XXXX, o Autor foi submetido a procedimento cirúrgico para colocação de cateter de monitorização de pressão intracraniana. Considerando a presença de múltiplas infecções, os médicos do Hospital XXXXXXXXXX aguardaram quase 03 meses para promover a cirurgia de fixação da coluna cervical do Autor. Assim, em XX de XXXXXXXX de XXXX, o Agravante foi submetido a procedimento cirúrgico na tentativa de estabilizar a sua coluna cervical e, com isso, facilitar a sua mobilização, o que lhe permitiu, inclusive, voltar a ficar sentado.

Após meses em coma, agora, consciente, o Agravante permanece na UTI do Hospital Português, com o quadro de tetraplegia irreversível, dependente de respirador mecânico durante 24 horas, quadro que só poderá ser revertido através da cirurgia de implante diafragmático (prescrição do procedimento em anexo – doc. 02).

Após incessantes pesquisas feitas pela família do Agravante, juntamente com a equipe de neurocirurgia do Hospital XXXXXXXXXXXX, em especial com o auxílio técnico do Dr. XXXXXXXXXXXX e da Dr.^a XXXXXXXXXXXX (ambos neurocirurgiões), duas possibilidades foram encontradas para fins de implantação do marcapasso diafragmático: a primeira, seria um médico paulista, Dr. XXXXXXXXXXXX, que havia iniciado esse tipo de procedimento no Brasil, mas com o histórico marcado por um alto índice de insucesso nas investidas cirúrgicas. Segundo explicações do próprio Dr. XXXXXXX, as experiências desenvolvidas no Brasil são muito escassas, tendo em vista que todas se resumem às realizadas por ele e não passam de três. Além disso, os resultados há longo prazo não seriam animadores, por desencadear outras complicações (vide doc. 17, acostado à petição inicial do processo n.º XXX.XXX.XXX.XXX-X – doc. 03); a segunda opção e a mais indicada pela equipe médica brasileira, foi a contratação do Dr. XXXXXXXXXXXX, médico norte-americano perito no assunto, com várias intervenções cirúrgicas seguidas de êxito (vide documentação em anexo – docs. já constantes nos autos do Agravo de Instrumento – docs. 04, 05, 06 e 07). O Dr. XXXXXXX é o único cirurgião no mundo especialista neste tipo de cirurgia com resultados positivos. Os implantes que já foram realizados pelo médico norte-americano obtiveram êxito a ponto de deixar o paciente completamente independente do respirador artificial (vide documentos acostados a presente petição e que já encontram nos autos). Trata-se, sinteticamente, do implante de um marcapasso diafragmático intramuscular ou marcapasso frênico (Phrenic Nerve Stimulation) que fará com que o Agravante possa ter o seu diafragma impulsionado, respirando, assim, sem a dependência de aparelhos.

Por outro lado, a cirurgia envolve um custo extremamente alto e que não pode ser suportado pela família do Agravante, motivo pelo qual se requereu em antecipação de tutela que o Estado de Pernambuco – autor do dano por omissão (art. 144, da CF/88) – arcasse com o custo da cirurgia, o que foi deferido pelo Judiciário de Pernambuco e cumprido pelo Executivo Estadual (doc. 08 e 09).

Durante todo esse processo, a equipe do Hospital XXXXXXXXXXXX, juntamente com a família do Agravante, manteve-se em contato permanente com o Dr. XXXXXXXXXXXX, tendo este se comprometido formalmente (documentos em anexo – todos já constantes nos autos do Agravo de Instrumento – doc. 10 e doc. 11), inicialmente, a comparecer a cidade do Recife no mês corrente, a fim de realizar o procedimento cirúrgico no dia XX/XX/XXXX, o que não foi possível tendo em vista a decisão judicial proferida pelo Des. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, que determinou a suspensão da transferência da quantia destinada ao pagamento de todas as despesas ligadas à cirurgia (desde o deslocamento até a compra do produto), seguida da decisão de mesmo teor que ora se recorre. Diante do obstáculo provocado pela decisão do Des. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX e pela decisão ora recorrida, a cirurgia foi novamente agendada para o dia XX/XX/XXXX, data que para o Agravante representa uma eternidade, mas que, diante dos percalços judiciais que se vem enfrentando, e dos compromissos já agen-

dados dos médicos brasileiros e do perito no assunto, Dr. XXXXXXXXXXXX, este foi o dia mais próximo que se conseguiu conciliar.

Em suma, o médico e o fabricante do produto já encaminharam (docs. em anexo e já constantes nos autos) recibos antecipados – o que os vinculam à contraprestação do serviço pago – há documentos formais que comprovam a vinda do médico e do produto (a exemplo do processo do CREMEPE e do visto já concedido pelo Ministério das Relações Exteriores – doc. 12 e doc. 13); o Hospital XXXXXXXXXXXX está responsabilizado na recepção do médico e no acompanhamento do procedimento cirúrgico, que ocorrerá, repita-se, no bloco cirúrgico do hospital. Resta, tão somente, que o Judiciário libere a transferência da quantia depositada pelo Estado de Pernambuco para dar cumprimento à ordem judicial que determinou que o Governo do Estado assumisse toda e qualquer despesa referente à cirurgia em tela.

III – Suspensão de tutela antecipada: Recurso Prejudicado

No dia XXX/XX/XXXX, o Governo do Estado de Pernambuco insurgiu-se contra a liberação da quantia depositada judicialmente em cumprimento à decisão que concedeu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n.º XXXXXXXX-X, com a finalidade de sustar a transferência da quantia discriminada no Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXXXX-X^aXXX, que serviria para custear as despesas da cirurgia de implante diafragmático. Para isso, utilizou-se de duas intervenções processuais: a) protocolizou uma petição, denominada de “notícia”, junto ao processo do Agravo de Instrumento, identificado sob o n.º XXXXXXXX-X, requerendo que o Relator do Agravo procedesse com a imediata suspensão do cumprimento do Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXXXX-X^aXXX; b) acredita-se que, por segurança, também interpôs perante essa Suprema Corte a medida judicial denominada Suspensão de Tutela Antecipada que, ressalte-se, tem como Requerido o Relator do Agravo de Instrumento supracitado (por óbvio). Ocorre que, antes da eminente Presidenta do STF apreciar o pedido de liminar contido na STA, o Requerido, ou seja, o próprio autor da decisão (efeito suspensivo), Relator do Agravo de Instrumento sob o n.º XXXXXXXX-X, atendeu o pleito contido na dita “notícia” (mesma causa de pedir e pedido da presente STA), determinando ao Banco do Brasil, via fax, a imediata sustação da transferência da quantia contida no Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXXXX-X^aXXX.

Com efeito, data venia, entende-se que o Recurso (STA) ficou prejudicado no momento em que o próprio Requerido, ou seja, o Des. Relator do Agravo de Instrumento n.º XXXXXXXX-X, atendeu ao pleito recursal (mesma causa de pedir e mesmo pedido) (doc. 14), resultando na impetração do Mandado de Segurança n.º XXXXXXXX-X, cuja segurança foi liminarmente deferida (doc. 15), a fim de que o Banco do Brasil desse seguimento ao contido no Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXXXX-X^aXXX. Ou seja, a decisão ora recorrida encontra-se prejudicada, tendo em vista que outra anterior, de autoria do próprio Requerido na STA, com o mesmo teor, já satisfaz o pleito do Governo do Estado.

Pelo exposto, com fundamento no art. 471 e 473 e art 557, todos do CPC, requer-se que Vossa Excelência reconheça que o presente Recurso encontra-se prejudicado, pelo fato de o Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n.º XXXXXX-X – Requerido na STA - já ter decidido a matéria que deu ensejo a interposição do Recurso em tela, determinando a “suspensão da execução da decisão interlocutória, bem como da decisão que determina a liberação da quantia depositada nos autos da Ação de Indenização (processo n.º XXX.XXXX.XXX.XXX-X), em tramitação perante a 4ª Vara da Fazenda Pública do Estado de Pernambuco” (retifique-se: onde se lê 4º Vara, na verdade, é 3ª VFP).

iv – Do perigo de dano inverso e da urgência da reconsideração da decisão

A decisão proferida por Vossa Excelência e ora recorrida, certamente, tem o condão de prevenir danos ao patrimônio do Governo do Estado de Pernambuco, inibindo, assim, eventual possibilidade da quantia discriminada no Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXXXX-XªXXX, ser transferida para os responsáveis à execução da cirurgia (médico norte americano e fabricante do marcapasso) sem que, contudo, se tenha a certeza absoluta de que o procedimento ocorrerá. Talvez por esse motivo Vossa Excelência tenha requerido a juntada dos seguintes documentos, a saber: a) a inviabilidade de tratamento alternativo ao requerido, fornecido pelo Sistema único de Saúde, b) a inexistência de médico residente em qualquer parte do país habilitado a implantar o marcapasso prescrito, c) a aprovação ou o registro da técnica e do aparelho pretendido no órgão de controle norte-americano competente, o U.S. Food and Drug Administration, d) como seria efetuado o pagamento de cada um das despesas envolvidas na realização da cirurgia ora em análise e quais as garantias haveria na sua contraprestação.

Por outro lado, talvez Vossa Excelência não tenha observado que constam nos autos documentos suficientes que comprovam que o médico norte-americano é a única opção segura de que o Agravante dispõe. Ademais, quanto à “garantia da contraprestação”, constam nos autos (documentos que se faz juntar novamente) recibo e nota fiscal pro-forma (doc. 16 e 17), constando o endereço dos profissionais envolvidos, documentos que servem de prova de que o procedimento será realizado a contento.

Antecipa-se, ainda, o Agravante, fazendo-se juntar aos autos documento enviado na data de hoje pela Avery Biomedical Devices, o qual atesta que a quantia recebida a título de honorários e da compra do produto (marcapasso) vincula o Dr. XXXXXXXXXXXX a comparecer no dia XX/XX/XXXX, a fim de realizar a cirurgia contratada; e obriga a Avery a encaminhar o produto comprado (doc. 18 a ser traduzido por tradutor judicial). O documento foi enviado via e-mail, considerando o exíguo prazo concedido e urgência que o caso requer. Todavia, ao final da correspondência, o Vice-Presidente da Avery põe-se a disposição para dirimir qualquer dúvida.

Quanto ao “tratamento alternativo pelo SUS”, favor

verificar o documento emitido pela Secretaria de Saúde do Estado de Pernambuco, segundo o qual não há tratamento similar ou alternativo que substitua o implante diafragmático ora perquerido (doc. 19). Ressalte-se que o médico citado no “Relatório de Auditoria”, o Dr. XXXXXXXXXXXX – CRM XXXXX – DESMENTE O RELATO FEITO PELA SECRETARIA DE SAÚDE DE QUE ELE TERIA SIDO PROCURADO PARA AVALIAR O PACIENTE ORA AGRAVANTE E AINDA REGISTRA QUE O SEU NOME TERIA SIDO UTILIZADO DE FORMA INDEVIDA PELA DITA SECRETARIA (documentos em anexo). Em suma, Excelência, o documento que adiante segue e que ora se faz juntar novamente ao presente Recurso é prova mais que suficiente que o SUS não dispõe de tratamento alternativo.

Em relação à indicação de médico brasileiro que possa executar o procedimento cirúrgico de implante diafragmático, repita-se, conforme se depreende dos autos (documento que ora se faz juntar novamente), o Dr. XXXXXXXXXXXX, segundo o seu próprio relato, não há profissional habilitado em nosso país capaz de desenvolver esse tipo de procedimento com segurança. Este relato, a título de informação, levou a família e os neurocirurgiões do XXXXXXXXXXXX a procurarem outro profissional habilitado no mundo.

Destaque-se que quanto à impossibilidade do SUS e de médico brasileiro apto a exercer com segurança esse tipo de procedimento cirúrgico, o Relator do Mandado de Segurança n.º XXXXXX-X, quando negou a liminar requerida pelo Estado de Pernambuco, debruçando-se nos autos e estudando todos os documentos contidos no processo, citando folhas, foi explícito quanto à necessidade do Dr. XXXXXXXXXXXX executar a cirurgia em questão.

Agora, êxito absoluto em todo e qualquer procedimento cirúrgico nenhum médico no mundo poderá garantir. Por isso, quanto a este problema, data venia, não há o que argumentar, posto que a própria obrigação assumida juridicamente pelos profissionais da saúde, ou seja, de meios e não de resultado, como Vossa Excelência bem sabe, define a limitação da ciência médica. De toda sorte, caso Vossa Excelência mantenha a vossa decisão, valorando como bem jurídico mais importante o erário público e colocando em segundo plano a vida de um jovem cidadão – vítima da criminalidade que assola o país graças à ineficiência da Administração Pública – certamente – a decisão ora recorrida causará dano reverso à parte ora Recorrente, já que o seu estado clínico vem agravando-se, agora, em um ritmo acelerado. Em suma, se o Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição Federal - não garantir ao Recorrente o direito de gozar plenamente da decisão que concedeu efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento e que, de forma inédita, foi CUMPRIDA PELO EXECUTIVO, autorizando a transferência da quantia elencada no Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXXXX-XªXXX para que a cirurgia possa ser realizada no dia XX/XX/XXXX, sem dúvida, há uma grande chance de o Recorrente morrer na UTI do Hospital XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX.

No que diz respeito à aprovação ou registro da técnica e do aparelho pretendido no órgão de controle norte-americano competente, o U.S. Food and Drug Admi-

nistration, o Agravante adianta-se e leva ao conhecimento de Vossa Excelência todos os documentos recebidos hoje, via e-mail, Avery Biomedical, atestando que o produto a ser implantado no diafragma do Agravante está registrado junto a U.S. Food and Drug Administration (docs. 21, 22, 23, 24 e 25). Por excesso de zelo, faz juntar novamente “Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos 2004” (doc. 26), documento que demonstra que o produto que se pretende implantar no Agravante (documento já constante nos autos da Ação Ordinária e do Agravo de Instrumento) também está aprovado nas normas brasileiras.

Em relação à demonstração de como seria efetuado o pagamento das despesas, basta ver o Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXX-XªXXX, juntamente com o recibo e a nota fiscal pro-forma da Avery que se constará que todas as despesas referentes a cirurgia, com a transferência da quantia disposta no dito Expediente, estarão quitadas. Acrescente-se, ainda, o documento de n. 18, segundo o qual os profissionais envolvidos atestam novamente o seu compromisso com a execução do contratado.

Verifica-se do pedido recursal que o Governo do Estado pautou-se em suposta transferência da integralidade do dinheiro depositado (R\$ 279.000,00) em favor do médico norte-americano em detrimento dos outros gastos provenientes da cirurgia. Todavia, conforme se depreende do Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXX-XªVFP, tal afirmação é leviana e mentirosa, já que, conforme consta do dito Expediente a quantia estava sendo transferida para cobrir todo o gasto com a cirurgia.

Segundo se depreende dos argumentos recursais, o Estado quer fazer crer que a decisão que determina a liberação da quantia depositada nos autos da Ação de Indenização n.º 001.2007.043.289-0, proferida pelo Dr. Djalma Andreilino, juiz interino da 3ª VFP, teria autorizado a transferência integral da quantia destinada a custear toda a cirurgia de Marcos José apenas e tão somente para o médico americano, Dr. Abbott Krieger.

Todavia, Excelência, sem dúvida, o Estado omitiu, deixando de levar ao conhecimento de Vossa Excelência, todos os documentos que acompanham a presente petição, inclusive, repita-se, o Expediente n.º 2008.0178.000109-3ªVFP, que serve para dar cumprimento à decisão do juiz a quo, os quais demonstram claramente a lisura do procedimento que irá salvar a vida do Recorrente.

O Expediente supracitado, conforme Vossa Excelência pode verificar, tem o propósito de transferir da quantia de R\$ 279.000,000 para custear a integralidade da cirurgia do Requerente, a saber: a) honorários do médico norte-americano, as suas passagens aéreas e do seu assistente, além da acomodação, alimentação e visto dos médicos (U\$ 48.150 – vide documento de fls. 372. Ou seja, segundo o dito documento: U\$ 10.000 correspondem às passagens de ida e volta – Los Angeles / Recife / Los Angeles; acomodações: U\$ 2.000; refeições: U\$ 750; despesas com o visto: U\$ 400; b) o pagamento do marcapasso diafragmático, fabricado pela Avery Biomedical Devices (65.142.00 – vide documento de

fls. 371). Restando, tão somente, pagamento de R\$ 750,00, referente ao traslado do médico nos dias em que permanecerá no Recife/PE, a ser feito pelo taxista identificado às fls. 373. Em suma, Excelência, a decisão de fls. inviabiliza a cirurgia que poderá salvar a vida de XXXXXXXX, pois que o cumprimento por parte do Banco do Brasil do expediente supracitado garantiria o pagamento integral da cirurgia, possibilitando a XXXXXXXX continuar vivendo.

Foi por esse motivo que o Desembargador Fernando Martins, do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em XX/XX/XXXX, com um ato de imparcialidade, honestidade e compromisso com a Justiça, deferiu o pedido de liminar formulado no MANDADO DE SEGURANÇA (processo n.º XXXXXX-X) impetrado contra o ato do Desembargador XXXXXXXXXXXXX, então Relator Convocado (e ex-Procureador do Estado) que determinou a sustação do prosseguimento da transferência das quantias elencadas no Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXX-XªXXX.

Ou seja, Excelência, mais uma vez, a cirurgia de XXXXXXXX está sendo adiada, agora, não por um ato do Executivo (pois este cumpriu a ordem judicial), mas, desta vez, pela conduta do Judiciário, este, agora, responsável pela eventual morte do rapaz de apenas 25 anos. Data venia, a presente decisão põe em segundo plano a vida do Requerente (fazendo tabula rasa ao princípio da dignidade da pessoa humana), e, caso não seja reformada imediatamente, será a responsável pela morte de mais uma vítima dos desmandos da Administração Pública.

É imperioso que se registre, mais uma vez, Excelência, que a cirurgia que poderá salvar a vida de XXXXX deveria ter ocorrido no dia XX de XXXX do corrente ano, mas foi frustrada em virtude dos já citados percalços judiciais. Destarte, diante do receio de dano inverso urge-se pela reconsideração da liminar perseguida, ressaltando, novamente, que o retardo provocado pelos entraves da Justiça vem matando o Requerente que pode, simplesmente, não mais resistir e, enfim, morrer. Aliás, esse deve ser o desejo de muitos...

Como já demonstrado no Agravo de Instrumento n.º XXXXXX-X e nos autos da Ação Indenizatória n.º XXXX.XXXX.XXX.XXX-X (que, acredita-se, devem ter sido levados ao vosso conhecimento na íntegra), os profissionais envolvidos neste caso são médicos de renome e professores universitários; os causídicos, do mesmo modo, tratam-se de professores universitários, ex-reitor da Universidade Federal de Pernambuco, profissionais de conduta ilibada e que jamais ingressariam em uma “aventura jurídica”. Quanto aos médicos responsáveis pelo procedimento cirúrgico no Brasil, todos são ligados ao Hospital XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, instituição diretamente responsável pela realização da cirurgia, e cuja reputação é dispensável destacar. Para isto, basta ver o convite formulado pelo Dr. XXXXXXXXXXXXXXXX (neurocirurgião ligado àquele hospital), médico que acompanha o Agravante e que participará diretamente do procedimento cirúrgico de implante do marcapasso, como coadjuvante nacional.

Com efeito, ao revés, seria descabido que profissio-

nais viessem ao Brasil, portando produtos de valores vultosos, cuja liquidez pressupõe o pagamento prévio, sem que os seus serviços fossem previamente assegurados do ponto de vista financeiro. Para tanto, dispomos, às fls. 371/372 (documentos em anexo) do Agravo de Instrumento, das notas fiscais e recibos competentes que satisfazem e antecipam os aludidos pagamentos e, portanto, que a cirurgia ocorrerá “a tempo e modo”.

Portanto, Excelência, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, estampado no primeiro artigo da Carta Magna; em atenção ao parágrafo 6º do art. 37 e art. 144, ambos da CF/88, em consideração aos seus 20 constitucionais anos, pede-se que a preservação da sobrevida de XXXXXXXX, ora Impetrante, seja levada a sério e que esse Tribunal permita que o seu já garantido direito seja, enfim, plenamente efetivado, através do gozo da tutela jurisdicional prestada pelo Excelentíssimo Desembargador XXXXXXXXXXXX.

Como acima pormenorizadamente demonstrado, no concernente ao periculum in mora, a sua existência neste procedimento é patente, tendo em vista que, enquanto o dinheiro não for destinado e transferido a quem de direito (médico, fabricante do marcapasso), a cirurgia de XXXXXX não terá data certa. Ressalte-se que o Dr. XXXXXXXXXXXX, exatamente pelo fato de ser o único médico no mundo que realiza com segurança este tipo de procedimento, tem uma agenda extremamente concorrida e ainda aguarda uma definição por parte da Justiça brasileira.

V – Do requerimento

Pelo exposto, consubstanciado nos argumentos ora esposados, requer:

a) Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, com grande possibilidade de dano inverso, considerando que a determinação de fls., proferida em XX/XX/XXXX, está sendo nesse momento atendida, com o cumprimento de todas as exigências elencadas na r. decisão, a reconsideração (juízo de retratação) da decisão de fls. 1.262-1.266, para que seja dado seguimento ao Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXX-XªXXX, com a determinação da transferência da quantia que servirá para custear a cirurgia do Agravante, já designada para ocorrer no dia XX/XX/XXXX (vide documento 18). Considerando a urgência do caso, requer, por fim, que a ordem de prosseguimento da transferência seja encaminhada imediatamente ao gerente do Banco do Brasil S/A, Agência Centro, 7º andar, Recife, Telefone 81 – 3425 – 7470 / 81 – 3425 - 7453, VIA FAX;

b) Caso não seja esse o entendimento de Vossa Excelência, requer o encaminhamento do presente recurso para mesa de julgamento do Pleno (art. 6º, II, “d”, do RISTF) dessa Corte Suprema, para que o Plenário decida: a) pelo não conhecimento da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 223, tendo em vista o recurso encontrar-se prejudicado, tudo em conformidade com o exposto no item III da presente petição; b) Ad argumentandum tantum, não sendo esse o entendimento do Pleno, pede-se que seja considerada a

absoluta eficácia da decisão que concedeu o efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento n.º XXXXXX-X, mantendo-se todos os seus termos para fins de que seja determinando o prosseguimento da sua exeqüibilidade da decisão, dando-se, assim, seguimento ao cumprimento do contido no Expediente n.º XXXX.XXXX.XXXX-XªXXX. Considerando a urgência do caso, requer, por fim, que a ordem de prosseguimento da transferência seja encaminhada imediatamente ao gerente do Banco XXXXXXXX, Agência XXXX, Xº andar, Recife, Telefone XXXXXXXX / XXXXXXXXXXXX, VIA FAX, SOB PENA DE O REQUERENTE NÃO RESISTIR E MORRER.

Nestes termos,

Pede-se deferimento.

Recife (PE), 18 de março de 2008

George Browne Rego

OAB/PE 2295

Luciana Pereira Gomes Browne

OAB/PE 786-B

E os acadêmicos de Direito:

Rodrigo Piancó

Breno Augusto

Gustavo Henrique



CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA OAB/PE EM GARANHUNS

INVESTIMENTO:

MATRÍCULA + 18 PARCELAS DE R\$ **150,00**

Pós-graduação em DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL

Aulas quinzenais, sempre aos sábados.

Matrículas:

24/05 a 15/06/10

Aulas:

AGOSTO/2010

Local:

Colegio Presbiteriano Quinze de Novembro
Praça Souto Filho, 696 - Heliópolis - Garanhuns/PE

Documentação:

- 1- Cópia do RG (com original para conferência).
- 2- Cópia do CPF (com original para conferência).
- 3- Cópia do comprovante de residência com original para conferência.
- 4- Cópia autenticada do Diploma ou Certificado de Graduação em Direito.
- 5- Cópia autenticada do Histórico da Graduação.
- 6- Currículo.
- 7- 02 (duas) fotos 3x4 (recente).
- 8- Cheques pós-datados.

Informações: **(87) 3761.0898** / E-mail: oabgus@bravil.com.br

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A OAB-PE assegura a educação continuada e o aperfeiçoamento profissional dos advogados pernambucanos. Mais uma vez toma iniciativa nesse sentido: a Escola Superior de Advocacia - Prof. Ruy Antunes firmou parceria com a Faculdade Joaquim Nabuco para a realização de três cursos de pós-graduação oferecendo condições especiais para advogados e bacharéis. Os alunos aprovados nos cursos terão seus artigos publicados em edição especial da Revista Advocatus.

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL
DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Aulas: quinzenais sempre aos sábados

Horário: 8h às 17h

Local: Faculdade Joaquim Nabuco (Av. Guararapes nº 203 - Santo Antônio)

Matriculas: ESA-PE

Rua do Imperador nº 307 - 1º andar - Santo Antônio

Fones: 81 3224-7282 / 3224-2425

E-mail: posesapa.joaquimnabuco@gmail.com

Investimento:

Matricula - R\$ 150,00 à vista +

16 mensalidades de R\$ 150,00

(pagamento com cheques pós-datados)

Realização:



Promoção:

