

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

# ADVOCATUS

## Qualificação Profissional

Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes  
oferece cursos de capacitação jurídica

### *Artigos*

A lição de Calamadrei, os vasos comunicantes e o direito do advogado ser recebido pelo magistrado

Guarda compartilhada

Aspectos relevantes do Art. 258-A do CPC

Responsabilidade subsidiária dos entes públicos



Talk

**Talento vem do berço.  
Preparar é fundamental.**

*Todo mundo é diferente. Uns já nascem dançando, outros, pintando o sete. Há os que tomam gosto pela música e os que brincam de construir prédios em forma de castelos de areia. Sem falar nos que sonham em ser uma estrela do futebol e não largam a bola nem para dormir. Mas, para que o talento transforme-se em realidade, é fundamental um colégio que ensina mais do que o simples bê-á-bá. E é isso o que o Colégio Motivo faz: descobre o que o aluno tem de melhor para as suas virtudes virem à tona. Com o cuidado de profissionais que trabalham para ver o aluno crescer, da Educação Infantil até a escolha da sua profissão. Porque no Colégio Motivo é assim: o aluno é preparado para que o seu talento seja mais do que um sonho de criança, seja uma realidade.*

Matriculas abertas. Fone: 2119.9777. [www.colegiomotivo.com.br](http://www.colegiomotivo.com.br)

**colégio**  
**MOTIVO**

## EXPEDIENTE

### Diretoria da OAB/PE

**Presidente**  
Jayme Jemil Asfora Filho  
**Vice-Presidente**  
Carlos Eduardo Gomes Pugliesi  
**Secretário Adjunto**  
Leonardo Accioly da Silva  
**Tesoureiro**  
Sílvio Pessoa de Carvalho Júnior

\*

### Diretoria da ESA/PE

**Diretor-Geral**  
Ronnie Preuss Duarte  
**Diretor-Tesoureiro**  
Carlos Eduardo Ramos Barros  
**Diretor-Secretário**  
Carlos da Costa Pinto Neves Filho  
**Diretor de Comunicação**  
Emílio d'Almeida Lins  
**Diretor Cultural**  
Venceslau Tavares Costa Filho

\*

### Conselho Editorial

**Presidente**  
Ronnie Preuss Duarte  
**Membros**  
Carlos da Costa Pinto Neves Filho  
Carlos Eduardo Ramos Barros  
Emílio d'Almeida Lins  
Venceslau Tavares Costa Filho

\*

**Jornalista Responsável**  
Kennedy Michiles (MTb1934 DRT-PE)  
michiles@aponte.com.br  
[www.aponte.com.br](http://www.aponte.com.br)  
Fone: +55 81 3427-1999

**Projeto Gráfico:** Aponte Comunicação  
**Fotografia:** Ag. Titular/Léo Caldas  
**Capa:** Patrícia Amorim  
**Diagramação:** Danilo Almeida e Késsia Souza  
**Consultoria Textual:** Laércio Lutibergue e Solange Lutibergue

**Comercialização:** Ponto de Mídia  
Fone: (81) 3418-1188 / 9679-4699  
**Tiragem:** 10.000 exemplares  
**Impressão:** Gráfica Santa Marta

\*

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

A revista **Advocatus** 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](mailto:esape@smartsat.com.br)  
Fone: (81) 3224-7282  
Fax: (81) 3224-2425

## SUMÁRIO

### I. ENTREVISTA

Jayme Asfora fala das expectativas quanto à revista **Advocatus** 06

### II. ARTIGOS

1. **A lição de Calamandrei, os vasos comunicantes e o direito do advogado ser recebido pelo magistrado**  
Por José Rogério Cruz e Tucci 15
2. **A indignidade como causa da escusabilidade do dever de alimentar**  
Por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka 17
3. **Guarda compartilhada**  
Por Sílvio Neves Baptista 23
4. **Aspectos relevantes acerca do art. 285-A do CPC**  
Por Ricardo de Oliveira Paes Barreto 31
5. **A responsabilidade subsidiária dos entes públicos**  
Por Fernando Araújo 35
6. **Pensando hoje o meio ambiente de amanhã**  
Por Sandra Pires Barbosa 40
7. **Anotações sobre a competência dos juizados especiais cíveis federais**  
Por Leonardo José Carneiro da Cunha 42
8. **Principais controvérsias envolvendo as hipóteses de impenhorabilidade no Código de Processo Civil**  
Por Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo 51
9. **O Cadastro Técnico Federal como instrumento de gestão ambiental da Superintendência do Ibama em Pernambuco**  
Por Paulo Henrique Limeira Gordiano 56
10. **O foral de Olinda e os terrenos de marinha**  
Por Afonso Neves Baptista Neto 73
11. **Redimensionar o direito do trabalho - um imperativo decorrente dos fluxos da sociedade pós-industrial**  
Por Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho 79

### III. JURISPRUDÊNCIA

1. **TJPE - 2º Grupo de Câmaras**  
PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O MP. ATO PRATICADO PELO PROCURADOR-GERAL NA CONDIÇÃO DE PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CONCURSO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DAS VARAS DA FAZENDA PÚBLICA.  
**Agravo Regimental nº 01**  
Relator substituto **Des. Fernando Eduardo Ferreira** 85
2. **TRT da 6ª Região - 2ª Turma**  
COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO PRÉVIA AO JUZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INDEVIDA.  
**Proc. nº 00038-2007-001-06-00-0**  
Relator originário **Des. Eneida Melo Correia de Araújo** 90
3. **TRF da 5ª Região - 4ª Turma**  
AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVISÃO DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA DA CELPE. RESOLUÇÃO N.º 112/2005 E DESPACHO N.º 892/2004 DA ANEEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA TERMOPERNAMBUCO. CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGALIDADE DOS ATOS DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA MODICIDADE DAS TARIFAS E DA TUTELA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS  
Relator originário **Des. Federal Marcelo Navarro** 97

### IV. PETIÇÕES

1. **Defesa em Ação de Investigação Eleitoral por prática de condutas vedadas**  
Por Márcio Alves 107
2. **Ação Ordinária de Alteração de Regime de Bens**  
Por Andréa Oliveira e Gisele Martorelli 113
3. **Mandado de segurança para obtenção de cópias de inquérito policial**  
Por Bóris Trindade 118

ARQUITETURA E URBANISMO  
DIREITO  
RELAÇÕES INTERNACIONAIS

QUEM TEM HISTÓRIA ...  
...SABE O QUE FAZ

**FACULDADE DAMAS**

www.faculdadedamas.edu.br

Av. Rui Barbosa, 1426-B - Graças - Recife - PE - Fones: (81) 3426.5026/3427.3164 - Fax: (81) 3241.7558



Jayme Jemil Asfora Filho



Ronnie Preuss Duarte

*Prezados Colegas,*

É com grande satisfação que a OAB/PE, por intermédio da Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes, vem apresentar aos pernambucanos a revista **Advocatus**.

Cuida-se de uma realização da atual gestão, sempre preocupada com o constante aperfeiçoamento profissional dos advogados pernambucanos. A revista **Advocatus** vem com uma proposta inovadora, jamais implantada em qualquer unidade da Federação: uma revista feita por advogados e para advogados, tendo em mira primordialmente o atendimento às necessidades atuais dos colegas no que se refere à atualização técnico-profissional.

A revista **Advocatus**, com periodicidade quadrimestral, será distribuída gratuitamente para todas as advogadas e advogados inscritos e adimplentes do Estado de Pernambuco. O periódico contará com quatro seções: a primeira contendo uma entrevista com personalidades da área jurídica; a segunda contendo artigos técnicos versando sobre temas atuais e pertinentes às necessidades presentes dos colegas militantes nas várias especialidades; a terceira contendo jurisprudência selecionada dos tribunais sediados no Estado e a última contendo petições escolhidas pelo conselho editorial.

A Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes da OAB/PE convida a todos os colegas para honrar a nossa revista com a respectiva contribuição, seja mediante o envio de artigos, críticas ou sugestões ([esape@smartsat.com.br](mailto:esape@smartsat.com.br)), de modo a permitir um contínuo aprimoramento da publicação.

Esperamos, sinceramente, que todos apreciem a iniciativa.

Atenciosamente,

**Jayme Jemil Asfora Filho**  
Presidente da OAB/PE

**Ronnie Preuss Duarte**  
Diretor-Geral da ESA/PE

# Qualificação é a palavra da Ordem

Deficiências na graduação não é uma exclusividade dos cursos de direito. De fato, é um problema generalizado. No nosso caso, no entanto, essa realidade deu origem a um outro mal tão preocupante quanto: a mercantilização do ensino do direito. Pior: não apenas na graduação em si, como também nos cursos preparatórios para o exame da Ordem. Instrumento que serve como funil para certificar bons e maus profissionais, acabou tornando-se mais um “produto” para jovens ávidos por advogar. Esse cenário foi o tema que escolhemos para conversar com o presidente da Ordem dos Advogados do Brasil Seção Pernambuco, Jayme Asfora. Ele faz duras críticas ao “mercado” que se criou em torno do ensino do direito no Brasil. Mas nem tudo está perdido. Cita o caso da Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes como um exemplo de bons cursos de pós-graduação, além de cursos técnicos, conduzidos por grandes nomes da área. A seguir, os principais trechos da conversa com o editor da *Advocatus*, jornalista **Kennedy Michiles**.

**ADVOCATUS – O que pode ser feito para mudar o problema da mercantilização dos cursos de graduação e dos preparatórios para o exame da Ordem?**

**JAYME ASFORA** – Tanto a OAB federal quanto as estaduais, e eu falo pela OAB de Pernambuco, vêem e tratam esse problema com muita preocupação e rigor. A questão da mercantilização do ensino superior vem junto a um aumento excessivo da quantidade de cursos de direito no país, que hoje já somam 1,1 mil. Isso é consequência da abertura de muitos cursos em um curto período de tempo, e, entre eles, muitos de má qualidade. Se a questão não for tratada com muito rigor e atenção, podemos ter, no mercado, profissionais não qualificados e pouco preparados tecnicamente. O Ministério da Educação, desde fevereiro de 2007, vem imprimindo mais rigor na fiscalização e regulação

nos cursos jurídicos brasileiros, inclusive, recentemente, determinou uma série de cortes de vagas, termos de ajustamento de conduta, e avaliou os sete piores cursos pernambucanos, que já estão sendo estudados. Apesar disso, ainda não houve diminuição do número de cursos, por mais regulados e fiscalizados que agora eles estejam sendo. Pelas dimensões continentais do nosso país, o Ministério da Educação, muitas vezes, não consegue trabalhar com tanta eficácia, permanecendo, assim, uma gama de cursos ruins. Além disso, só há fiscalização com autorização ou quando o curso, por exemplo, busca o reconhecimento.

**ADVOCATUS – O que se vê, pelo menos na graduação, são alunos que saem da universidade com uma qualificação deficiente, não passam no exame da Ordem e, muitas vezes, têm que se matricu-**

**lar em um curso preparatório. O que é necessário para que o aluno termine a universidade mais preparado para o mercado?**

**JAYME ASFORA** – Primeiramente é preciso que o MEC, por quaisquer critérios, e por mais que estes possam merecer contestação ou ajustes, liste os melhores e os piores cursos. A partir disso, fiscalize ajustando a conduta da universidade, fechando vagas, organizando o corpo docente, comprando novos equipamentos, fazendo melhorias nas bibliotecas e nas condições de pesquisa. Um caminho importante para o sucesso dessa prática é a participação dos estudantes denunciando à OAB e ao próprio Ministério cursos que não oferecem um bom padrão de ensino. Por exemplo, cursos cujos professores faltam demais, não são assíduos nem pontuais; cursos cujas bibliotecas não oferecem a quantidade de livros



Foto: Léo Caldas / Ag, Titular

Jayme Asfora: “A ESA tem sido uma notável ferramenta na qualificação do profissional de Direito”

que dizem ter; cursos em que há deficiência de materiais de pesquisa e de computadores. Para isso, nossa gestão criou o Fórum de Diretórios Acadêmicos e a ouvidoria, para que, através deles, todas as pessoas possam denunciar desmandos e irregularidades, que serão encaminhados para o Ministério da Educação. Esperamos que isso possa influir no reconhecimento da faculdade, balizando a avaliação da OAB e do Ministério.

**ADVOCATUS – Então já existe a parceria da OAB com o MEC no sentido de fiscalizar esses cursos?**

**JAYME ASFORA** – Existe. A OAB não tem poder de sancionar, de punir os

cursos, só o MEC tem, mas auxiliamos na fiscalização. Então, para a abertura ou renovação da autorização de qualquer curso em Pernambuco, é necessária a fiscalização da OAB. Porém, antes dos trâmites burocráticos, acredito que deveríamos agir de maneira mais proativa, pois entre a autorização, o reconhecimento da autorização e a renovação do reconhecimento se passam anos. Nesse tempo pode se formar uma turma e, se o curso estiver em um momento ruim, os alunos terão uma série de prejuízos mais à frente. Primeiro, grande parte deles não vai passar no exame da Ordem, depois não passa nos concursos para juiz ou promotor.

**ADVOCATUS – Há casos, aqui em Pernambuco, de faculdades que não conseguiram aprovar ninguém?**

**JAYME ASFORA** – Sim, existem faculdades que não conseguiram aprovar ninguém. Mas, ainda assim, Pernambuco tem um dos maiores índices de aprovação do Brasil. Um terço dos alunos, ou seja, 35%, passa no exame da Ordem. Apesar de ser um número impactante, é muito para a realidade brasileira. Em São Paulo, só são aprovados de 8% a 9% dos 50 mil alunos que fazem o exame da Ordem. Isso mostra a importância do exame, porque, enquanto o Ministério de Educação não estiver estruturado, não possui mecanismos para fiscalizar suficientemente os cursos, o exame exerce esse papel. Durante o primeiro e o segundo governo de Fernando Henrique e parte do primeiro governo de Lula, foram 12 anos de uma política absolutamente irresponsável de abertura de cursos. É importante que o setor público interfira no setor privado e vice-versa, mas isso não justifica a existência de faculdades de má qualidade, de faculdades caça-níqueis, de grupos que não têm comprometimento com o ensino, que trazem um resultado perverso para todos. Hoje o Brasil ostenta um número chocante: segundo o Conselho Federal, nós temos a terceira maior quantidade de advogados do mundo, só perdemos para a Índia, que tem uma população cinco vezes maior, e para os Estados Unidos, que é um país marcado pela cultura da litigiosidade e pelo associativismo muito presente na democracia norteamericana.

**ADVOCATUS – Como a OAB se posiciona diante desse contraste?**

**JAYME ASFORA** – O diretor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (RJ) e membro do Conselho Nacional de Justiça, Joaquim Falcão, tem um artigo intitulado “Os Dilemas da OAB”, que questiona exatamente isso. O que é que a OAB vai fazer? Ela não pode simplesmente impedir o aumento de novos cursos, mas ela pode atacar o mau uso do direito, o curso de má qualidade. Não só reforçando, estimulando, apoiando a política mais rigorosa

do Ministério, dando parecer quanto à autorização ou quanto ao reconhecimento das universidades, mas também indo às instituições; mesmo não tendo poder para punir o curso, a OAB pode ir lá. Além de apurar as denúncias pela ouvidoria, nós estamos, a partir deste semestre, participando mais proativamente, enviando relatórios ao MEC e à OAB federal que possam incrementar essa política mais rigorosa do MEC. Hoje, infelizmente, não há como impedir o acesso de muita gente sem qualificação ao mercado, porque são 1,1 mil cursos, e a quantidade de bacharéis é enorme. Então, o exame da Ordem entra como um regulador fundamental, que complementa a ação do Ministério da Educação. Por isso ele precisa se manter rígido, muito bem estruturado e cada vez mais apoiado por todos nós.

**ADVOCATUS – Muitas vezes o estudante consegue se graduar, passa no exame da Ordem, mas, ainda assim, precisa de qualificação. Nesse cenário, a Escola Superior de Advocacia (ESA) tem sido um complemento na trajetória profissional desses advogados?**

**JAYME ASFORA** - Com certeza. São etapas que se seguem e se complementam. Muitos cursos são verdadeiras fábricas de ilusões. Fica claro que esses bacharéis precisam de muito mais, além do exame da Ordem, para estar qualificados, com condições reais de enfrentar um mercado difícil, complexo e com um nível de competitividade, de concorrência, muito acirrado, especialmente neste momento que vive Pernambuco. Uma quantidade enorme de novos serviços e investimentos está sendo gerada, notadamente no Complexo de Suape, e outros investimentos também no interior do Estado, em Petrolina e Caruaru. Além disso, muitos advogados de outros Estados, e até de escritórios internacionais, estão vindo para Pernambuco e concorrendo de maneira predatória. Dessa forma, não podemos fazer reserva de mercado. O que a OAB precisa fazer é qualificar os profissionais da região e trazer para os seus escritórios. E para isso entra

“ *Acredito que deveríamos agir de maneira mais proativa, pois entre a autorização, o reconhecimento da autorização e a renovação do reconhecimento se passam anos.* ”

a ESA. A ESA tem sido uma notável e valiosíssima ferramenta na qualificação e aperfeiçoamento do profissional de direito, especialmente advogados, estagiários e estudantes. De mesma forma que a economia pernambucana vem se expandindo para fora dos limites do Grande Recife, seria natural que a ESA também seguisse esse caminho. Por isso, inauguramos no último dia 17 de novembro a nossa sucursal de Caruaru e, ainda em dezembro, vamos inaugurar a de Petrolina. Na atual gestão isso tem se verificado de maneira ainda mais marcante, porque a instituição está preocupada não só em manter a grade tradicional de cursos, mas em buscar novos cursos que tornem o profissional pernambucano mais competitivo.

**ADVOCATUS – Quais as ferramentas utilizadas pela ESA nessa busca pela qualidade?**

**JAYME ASFORA** - Vi um exemplo disso com o curso de gestão de escritório oferecido recentemente. Os escritórios hoje, principalmente os maiores, precisam ser geridos como empresas mesmo, pelo nível de complexidade das relações econômicas e sociais. A procura enorme dos advogados prova que esse curso é importante, e ele nunca tinha sido feito pela OAB. O

segundo já foi marcado para outubro. Fora isso, a ESA não se descuida de nenhum dos temas importantes para a advocacia. Ela também deu início, em parceria com a Universidade Católica, a um curso que discute os cinco anos do Código Civil. O Código Civil regula quase tudo em nossa vida, relações sucessórias, relações em família, relações empresariais, enfim, é de extrema importância. Há pouco a ESA também discutiu o novo Código de Processo Penal, que é fundamental para modificar e atualizar a legislação penal. Então, a ESA vem se tornando imprescindível e para permanecer assim é importante que ela se renove. Outro exemplo foi o congresso que discutiu os 20 anos da Constituição Brasileira e que trouxe ao Recife nomes importantes do meio jurídico nacional. A gestão que tem à frente o Dr. Ronnie Duarte tem mostrado isso, inventividade, criatividade. Ela tem buscado capacitar e fortalecer o profissional pernambucano para competir em um mercado acirrado, com muitas oportunidades de negócios. Porque, se o advogado não se qualifica, perde mercado, e com isso Pernambuco também perde emprego e renda. Além disso, novas ferramentas têm sido criadas, como, por exemplo, cursos de pós-graduação, entre eles o de processo pe-



O seu escritório pede qualidade.

- **Mix Completo**  
Mais de 5 mil itens das melhores marcas do mercado.
- **Logística**  
Central de distribuição com mais de 4.000m<sup>2</sup> e completa estrutura, que garante segurança e agilidade na entrega das mercadorias.
- **Atendimento Personalizado**  
Atendimento especializado através do callcenter, suporte técnico e consultores externos.
- **Cobertura**  
Distribuição de produtos para todo o Nordeste.



Informática • Papelaria • Escritório • Papéis para Indústria Gráfica

Televendas: (81) 3073.3522 • [televendas@imediatadistribuidora.com.br](mailto:televendas@imediatadistribuidora.com.br)

# A Setta Combustíveis está crescendo com o Nordeste



A Setta Combustíveis é uma empresa genuinamente nordestina. Quando você abastece em nossos postos está ajudando, também, a região a crescer. São mais impostos, mais empregos e mais desenvolvimento para o Nordeste, que também precisa desse combustível para chegar cada vez mais longe.



Na direção da sua satisfação



www.settacomcombustiveis.com.br  
Televendas: (81) 2128.9900

agência / fap

nal, que é o mais barato do mercado e tem qualidade que não deixa a desejar a nenhum curso do país. Professores do Sul, do Sudeste, de Pernambuco, todos doutores e mestres muito bons. Outra coisa é que também estão sendo engendrados cursos de pós-graduação gratuitos, nas áreas de processo civil e direito civil. Nunca a ESA tinha oferecido cursos de pós-graduação. Isso é muito louvável e me deixa muito orgulhoso.

#### ADVOCATUS – O que o senhor achou da nova revista da ESA?

**JAYME ASFORA** - A revista tem um valor inacreditável, difícil de dimensionar hoje. E a OAB sempre teve uma revista, assim como a ESA sempre teve esse papel impulsionador da qualificação, do aperfeiçoamento técnico e profissio-

nal do advogado. A revista precisava renascer de maneira completamente diferente, não podia ser uma revista estática, academicista, velha, arcaica, ela precisava vir como esta, inspirada nas melhores revistas de direito do país, como a revista da Associação de Advogados de São Paulo. A Advocatus facilita o acesso à informação de uma grande parte da classe. Ela também agrega valor à terra. Aqui há tantos grandes nomes do direito tributário, por exemplo. Então é importante valorizar esses profissionais em uma revista atual, dinâmica. Para isso é necessário que as pessoas contribuam com sugestões, através dos meios eletrônicos e dos meios tradicionais. A revista pereniza o legado da ESA e da OAB e contém documentos que poderão ser guardados como guardamos

nossos livros. Estou ansioso e acho que a Advocatus coroa uma nova fase da nossa gestão.

#### ADVOCATUS – Qual é o resultado concreto desse conjunto de ações?

**JAYME ASFORA** - Tudo isso se insere numa política macro, na diretriz de nossa gestão, que busca reaproximar o advogado da OAB e, no mesmo patamar, reaproximar a sociedade da OAB. A revista Advocatus, os cursos da ESA, a preocupação com a gestão de escritório e outros temas importantes são elementos que devemos conjugar ao exame da Ordem. A qualificação do advogado, feita pelas escolas de advocacia, notadamente a ESA, cada vez mais se torna um motivo de comemoração e de estímulo para seguir em frente.



## Direito Civil e Processual Civil

#### Disciplinas:

Teoria Geral do Direito Civil | Direito das Obrigações | Teoria Geral dos Contratos | Contratos em Espécie | Direitos Reais | Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil | Direito Imobiliário | Direito de Família | Direito das Sucessões | Teoria Geral do Processo | Processo de Conhecimento | Processo de Execução | Juizados Especiais | Recursos | Soluções Alternativas de Conflitos | Metodologia da Pesquisa, Português e Redação Jurídica

Faça uma pós-graduação com o inovador conceito de ensino jurídico da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas – Direito Rio.

Informe-se sobre o MBA em Direito da Economia e da Empresa

Condição especial até 31/12

Informações:  
**2128.8000**  
www.faculdadenovaroma.com.br



Início em Março

► Financia seu curso em até 36 meses. Informe-se.

# 10

## Congresso Luso-Brasileiro ESMAPE

# Novos Desafios Para o Poder Judicial

16 a 19 de fevereiro\*  
de 2009  
Fórum  
Desembargador  
Rodolfo  
Aureliano  
Recife  
Pernambuco

\* Horários: no dia 16, das 8:30h às 12:00h e das 14:00h às 17:00h. Nos dias 17, 18 e 19, das 14:00h às 17:00h.

Programa-se

Palestrantes

- André Vicente Pires Rosa (Brasil)
- António Nunes Ferreira Girão (Portugal)
- Carlos Blanco de Moraes (Portugal)
- César Peluso (Brasil)
- Dayse de Vasconcelos Mayer (Brasil)
- Eduardo Vera Cruz (Portugal)
- Francisco Queiroz Cavalcanti (Brasil)
- João Armando Costa Menezes (Brasil)
- João Maurício Adeodato (Brasil)
- Jorge Miranda (Portugal)
- Maria José Rangel Mesquita (Portugal)
- Paula Costa e Silva (Portugal)
- Teresa Arruda Alvim Wambier (Brasil)

Inscrição

### Informações e Incrições

15 de dezembro de 2008 a 13 de fevereiro de 2009  
pelo site: [www.esmape.com.br](http://www.esmape.com.br)  
ou pelo Tel.: (81) 3224-0086 / 3224-4298  
ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE  
PERNAMBUCO - ESMAPE - Rua Imperador  
D. Pedro II, 221, Santo Antônio  
Recife, PE, CEP 50010-240

Investimento

	até 30/12/2008	até 30/01/2009	até 15/02/2009
Estudante	R\$ 65,00	R\$ 90,00	R\$ 100,00
Advogado adimplente e Membros do Ministério Público	R\$ 100,00	R\$ 150,00	R\$ 180,00
Profissional	R\$ 130,00	R\$ 180,00	R\$ 200,00

# PESQUISA MOSTRA QUE OAB-PE TEM A MENOR ANUIDADE DO PAÍS.

O site Consultor Jurídico divulgou uma pesquisa mostrando que a OAB-PE é a Seccional que cobra a menor anuidade do País.

- |                                     |                                      |
|-------------------------------------|--------------------------------------|
| 01. Santa Catarina - R\$ 897,60     | 14. Sergipe - R\$ 504,00             |
| 02. Mato Grosso do Sul - R\$ 691,33 | 15. Rondônia - R\$ 500,00            |
| 03. Goiás - R\$ 655,00              | 16. Roraima - R\$ 500,00             |
| 04. São Paulo - R\$ 650,00          | 17. Rio de Janeiro - R\$ 479,00      |
| 05. Rio Grande do Sul - R\$ 632,50  | 18. Alagoas - R\$ 450,00             |
| 06. Paraná - R\$ 625,90             | 19. Tocantins - R\$ 450,00           |
| 07. Mato Grosso - R\$ 567,00        | 20. Bahia - R\$ 445,50               |
| 08. Espírito Santo - R\$ 550,00     | 21. Piauí - R\$ 442,70               |
| 09. Maranhão - R\$ 550,00           | 22. Paraíba - R\$ 440,00             |
| 10. Distrito Federal - R\$ 543,17   | 23. Rio Grande do Norte - R\$ 440,00 |
| 11. Amazonas - R\$ 530,00           | 24. Ceará - R\$ 425,00               |
| 12. Minas Gerais - R\$ 528,00       | 25. Acre - R\$ 400,00                |
| 13. Pará - R\$ 513,00               | 26. Amapá - R\$ 400,00               |

**27. Pernambuco - R\$ 320,91**



# A B

PERNAMBUCO

Realização



Patrocínio



Apoio



Coordenação Geral  
Des. Frederico Ricardo de Almeida Neves  
Coordenação Adjunta  
Juíza Mariana Vargas Cunha de Oliveira Lima  
Coordenação Científica  
Profa. Doutora Dayse de Vasconcelos Mayer

# ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO. O CÓDIGO DO SUCESSO.

A FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU FORMA LÍDERES PARA O MERCADO GLOBAL E TRAZ UM CONCEITO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM REDE, NO QUAL VOCÊ PODE COMEÇAR O SEU CURSO EM UMA DE NOSSAS UNIDADES E TERMINAR EM OUTRA\*. ALÉM DISSO, VOCÊ CONTA COM UM QUALIFICADO CORPO DOCENTE, QUE POSSUI UMA AMPLA EXPERIÊNCIA ACADÊMICA E EXECUTIVA. A PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU POTENCIALIZA VALORES, DESENVOLVE COMPETÊNCIAS ESTRATÉGICAS E HABILIDADES TÉCNICAS. FAÇA A DIFERENÇA. FAÇA A PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU.



## ESPECIALIZAÇÕES

DIREITO E PROCESSO DO TRABALHO

DIREITO PROCESSUAL (CONSTITUCIONAL, CIVIL, PENAL E TRABALHISTA)

DIREITO AMBIENTAL

OUTRAS ÁREAS:

SAÚDE - NEGÓCIOS - COMUNICAÇÃO - FINANÇAS



BUSINESS SCHOOL RECIFE



CAMPUS LAURO DE FREITAS



CAMPUS NATAL



CAMPUS JOÃO PESSOA \*\*



CAMPUS CAMPINA GRANDE



CAMPUS MACEIÓ

\*\* FUTURAS DESTINAÇÕES.

## A lição de Calamandrei, os vasos comunicantes e o direito do advogado ser recebido pelo magistrado

Por José Rogério Cruz e Tucci

Advogado em São Paulo. Ex-Presidente da AASP. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Ex-Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. Assessor ad hoc da FAPESP.

### SUMÁRIO

- 1 Interação profissional entre advogado e juiz.
- 2 A unificação e a quebra de identidade dos tribunais de São Paulo.
- 3 Dever legal de receber o advogado.

#### 1 Interação profissional entre advogado e juiz

É sabido que, no dia a dia do foro, deve o advogado procurar relacionar-se de modo cordial e urbano com todos os demais integrantes da atividade forense - juízes, promotores, escrivães, escreventes, oficiais de justiça etc.

E isso, por óbvio, sem que se cogite de qualquer transigência atinente à garantia de liberdade de que tradicionalmente desfruta o advogado no exercício de seu munus. Não se pode supor que a moderação prejudica a energia. Tenha-se presente que os causídicos mais implacáveis são precisamente os que traduzem as violências por delicadezas de desprezo e ironia.

Inseridos, ex vi legis, no mesmo plano hierárquico, o advogado e o juiz jamais devem externar, na prática do respectivo ofício, qualquer ressentimento pessoal.

Fazendo-o, o advogado corre o risco de não se colocar no lugar de defensor mas no da própria parte. É claro que a solidariedade com o cliente deve manifestar-se discretamente, sem ostentação, sem espírito de vingança - respeitado, em qualquer hipótese, o colega que advoga pela outra parte -, para que não seja tangida a independência profissional.

Já o juiz que falta ao respeito ao advogado, ignora que beca e toga obedecem à lei dos líquidos em vasos comunicantes: não se pode baixar o nível de um, sem baixar igualmente o

nível do outro (cf. Piero Calamandrei, *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, tr. port., 3ª ed., Lisboa, 1960, pág. 54).

Aduza-se, por outro lado, com Maurice Garçon, que, para ser assegurada a sua independência, o advogado deve evitar qualquer familiaridade com a magistratura que se relacione com o ministério da profissão. Sucede, com frequência, em nosso ambiente jurídico, haver entre advogado e juiz relações de intimidade providas, não do foro, mas do trato social. Se assim for, nem de perto nem de longe, devem transferir-se estas relações para assuntos que ao advogado cumpre zelar e que o magistrado tem de conhecer por dever de ofício. Qualquer colóquio sobre tal matéria pode interpretar-se como solicitação e deixar os dois interlocutores em situação, no mínimo, constrangedora (O advogado e a moral, tr. port., Coimbra, 1963, pág. 119-120).

Como já tive oportunidade de escrever, em artigo intitulado *Do relacionamento juiz-advogado como motivo de suspeição* (Revista do IASP, vol. 1, 1998, pág. 83), a intimidade entre o advogado e o juiz pode, assim, ser também fonte de desagradáveis embates. Na verdade, pode dar-se o caso de, em determinada questão, o advogado estar em franca oposição ao juiz, mas, dadas as relações de amizade com o magistrado, enveredar por transigências que afetem os interesses do cliente. Não há dúvida de que estas transigências são inadmissíveis; “nenhuma consideração de cunho sentimental pode desviar o advogado do cumprimento do seu dever; e ainda que lhe custe ter de escolher entre os apelos do coração e os da consciência, não pode hesitar” (cf., ainda, Garçon, *O advogado e a moral*, cit., pág. 120.).

Adverte, a propósito, Angel Ossorio Y Gallardo que o advogado jamais pode abdicar dos elementos coligidos em benefício da defesa da causa que lhe é confiada, por motivos de respeito, amizade ou delicadeza. Quando o advoga-

do enverga a toga renuncia a tudo que não esteja a serviço da defesa... (A alma e a toga, tr. port., Coimbra, 1956, pág. 44).

## 2 A unificação e a quebra de identidade dos tribunais de São Paulo

É notório, no meio de nossa comunidade jurídica, que o exercício profissional na Comarca de São Paulo tem sido realmente árduo. Além dos percalços de ordem administrativa e burocrática, que agravam, em muito, a atividade forense, a grande maioria dos advogados, nos dias de hoje, já não se conhecem e também não conhecem os juízes. A rotatividade nas varas e nas câmaras dos tribunais tem sido enorme.

Mas não é só. A unificação dos órgãos colegiados de segundo grau, ocorrida por força da EC 45/2004, acarretou acentuada quebra de identidade dos tribunais, em detrimento da qualidade dos respectivos julgamentos.

E isso tudo, de certo modo, pelo menos na Comarca de São Paulo, contribuiu para dilatar a impessoalidade e aumentar a distância no relacionamento dos atores das carreiras jurídicas. No passado, esta situação se verificava de forma mais frequente no âmbito da Justiça Federal, em particular, de primeiro grau. A esse respeito, inclusive, há muitos anos, em palestra proferida, salvo engano, na Associação dos Advogados, afirmou, em tom irônico, o Min. Moreira Alves, que era mais fácil para o advogado entregar memorial nas mãos de um ministro do Supremo Tribunal Federal, do que ser recebido, aqui em São Paulo, no gabinete de um magistrado federal de primeiro grau. É evidente que há exceções, mas tal dificuldade continua nos dias atuais. Até mesmo a disposição física dos gabinetes nas dependências da Justiça Federal é estratégica.

## 3 Dever legal de receber o advogado

Chegando aos 30 anos de exercício profissional e diante deste cenário desolador, tem-me causado imensa perplexidade certo comportamento crescente de alguns magistrados, de inequívoca tendência reacionária, que se recusam a receber advogado em seu respectivo gabinete de trabalho. Alguns conhecidos desembargadores agem, até, com inescandível hipocrisia, quando, por meio de seus assessores, designam data e horário ao advogado, desde que este esteja acompanhado do procurador da outra parte!

Recordo-me de tempos pretéritos, nos quais a consciência do dever funcional e a lhanza no trato marcavam a personalidade da grande maioria dos desembargadores que construíram o prestígio do Tribunal de Justiça de São Paulo. Recebiam sim os advogados. Fui recebido, no Palácio da Justiça, há 30 anos, ainda no início do exercício de minha profissão de advogado, por vários magistrados.

Lembro, ademais, que, em passado não muito remoto, o memorial apresentado pelos advogados era efetivamente considerado pelos componentes da câmara e o respectivo julgamento era visivelmente colegiado!

Hoje, é certo, os tempos mudaram, a quantidade de recursos cresceu muito... Não obstante, tenho convicção de que expressivo número de desembargadores de nosso Tribunal de Justiça, norteado pelos mesmos propósitos daqueles antigos magistrados, continua dando a devida atenção ao direito das partes litigantes, visto que recebem os advogados em seus gabinetes de trabalho. Muitos deles nem mesmo exigem agenda de data e horário!

Verifica-se, ademais, que o desconhecimento do *usus fori*, da lei e da jurisprudência talvez exacerbe o referido comportamento.

Em primeiro lugar, porque, como bem sabem os advogados experientes, sempre foi e é costume, no meio forense paulista, a entrega pessoal de memorial aos integrantes da turma julgadora. Diria até que, dependendo da natureza da demanda, tal praxe torna-se mesmo imperativa.

Pela vertente legal, dispõe a LOMAN (LC 35/79), no art. 35, IV, que é dever do magistrado “atender aos que o procurarem a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência”.

O art. 7º, VIII, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), que, à evidência, está em vigor, autoriza, como direito do advogado, “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada”.

Ademais, é difundida, a propósito, a precisa e democrática determinação do CNJ, no sentido de que: “O magistrado é SEMPRE OBRIGADO a receber advogados em seu gabinete de trabalho, a qualquer momento durante o expediente forense, independentemente da urgência do assunto, e independentemente de estar em meio à elaboração de qualquer despacho, decisão ou sentença, ou mesmo em meio a uma reunião de trabalho. Essa obrigação se constitui em um dever funcional previsto na LOMAN e a sua não observância poderá implicar em responsabilização administrativa” (Pedido de providências n. 1.465, Cons. Marcus Faver, j. 4.6.07). Confira-se, a respeito, STJ, 1ª T., RMS n. 13.262-SC; 2ª T., RMS n. 15.706-PA; 1ª T., RMS n. 18.296-SC.

Conclui-se, assim, que, se por um lado, o exercício da advocacia, no atual momento, passou a ser muito mais complexo, difícil e impessoal, por outro, o advogado continua sendo titular do direito de ser recebido, sem qualquer distinção, pelos magistrados de primeiro e segundo grau.

# A indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar<sup>1</sup>

## Por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Doutora e Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Associada do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro fundador e Diretora Nacional, para a Região Sudeste, do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

**Sumário:** I. Primeira reflexão: a dignidade é um valor intrínseco ao ser humano; a indignidade é uma afronta a este valor. II. Doutrina exemplar. III. Procurando definir indignidade nas relações de família. IV. Indignidade em família. V. Solidariedade: uma prática que responde a um dever de assistência mútua. VI. A solidariedade inspira a derrota à indignidade. VII. Um belo horizonte.

**O parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil menciona a indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar. Apesar da evidente relevância do assunto, e de haver considerável discussão acerca das situações que resultam na escusabilidade do dever de alimentar, este parágrafo dedicado exclusivamente à indignidade é praticamente desconhecido.**

**Hoje, felizmente, se fala muito sobre dignidade, na doutrina e nos tribunais, em decorrência de uma re-apropriação do conceito jurídico de dignidade da pessoa humana. A doutrina familiarista, por sua vez, tem dedicado textos belíssimos ao tema da dignidade, manifestação muito feliz do que há de melhor no interior da relação entre direito civil e direito constitucional. Mas ocorre que, no âmago do direito civil, o conceito aparentemente inverso ao de dignidade – vale dizer, o conceito de indignidade – está presente de maneira**

**determinante. Fala-se, no Código Civil, de indignidade como causa de escusabilidade do dever de alimentar, mas também como causa de exclusão do direito à herança ou à sucessão. O Código Civil e a doutrina, portanto, mencionam a “conduta indigna” como uma prática suficiente para retirar – do credor de alimentos ou do herdeiro – um ou outro direito de extrema relevância para a sua subsistência ou para a preservação de seus interesses patrimoniais, tocando fundo o cerne das relações de direito privado.**

Muito pouco discutida entre juristas civilistas e constitucionalistas, a indignidade é um conceito tão obrigatório e relevante quanto o conceito de dignidade, ainda que costume ocupar um lugar completamente diferente e sirva de referencial para discussões de outra ordem. É preciso prestar, à indignidade, a mesma atenção que se concede à dignidade: como buscarei mostrar, embora ambas digam respeito a problemas diferentes no interior do ordenamento, têm uma relação profunda que aponta, num e noutro caso, para a pessoa humana ou, como seria mais preciso e mais precioso dizer, para a natureza humana.

<sup>1</sup> Palestra proferida no I Congresso Pernambucano de Direito Civil – em homenagem ao Prof. Silvio Neves Baptista (UFPE), em 25 de setembro de 2008, promovido pela Escola Ruy Antunes e pela UNICAP.

A dignidade da pessoa humana é um valor intrínseco ao ser humano; a indignidade é uma afronta a esse valor. Às vezes, me parece que a doutrina e os tribunais ainda não se aperceberam plenamente disto, salvo raras e honrosas exceções.

## II. O assunto no Código Civil brasileiro e na doutrina nacional

Eis o artigo 1.708 e seu correspondente parágrafo único:

**Art. 1.708.** Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

**Parágrafo único.** Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Embora seja certo, acima de tudo, que o dever de prestar os alimentos é prioritário nas relações familiares, jamais devemos esquecer os motivos que levam a reconhecer uma tal obrigação. Pode-se distinguir em pelo menos quatro situações principais este dever de prestar alimentos: dever dos ascendentes perante os descendentes, dever dos descendentes perante os ascendentes, dever entre cônjuges e – o caso que aqui mais nos interessa – dever entre ex-cônjuges. Nos três primeiros casos, temos a *família constituída*, ainda que segundo diferentes papéis; no último, a *família desconstituída*, embora não seja o único exemplo de família desconstituída em que possamos pensar.

Na família que se mantém constituída, e por tradição, cabe aos chefes de família prestar alimentos – ou assistência – na constância da vida familiar ou das relações familiares, e a forma mais evidente deste fato está na obrigação dos pais em garantir o sustento e desenvolvimento dos filhos, como na obrigação dos filhos adultos em garantir o amparo e condignidade dos pais, ou no dever de mútua assistência entre os cônjuges. Em todas essas relações há a presença da dignidade humana como referencial a justificar tanto a necessidade de assistência quanto o reconhecimento da própria dependência, e enquanto durarem tais relações de dependência e assistência durará a própria constituição familiar.

Mas há a *família que se desconstitui*, seja aquela em que os filhos se separam dos seus pais, aquela em que seus pais se separam de seus filhos, aquela em que os pais ou cônjuges se separam entre si, seja qualquer outra em que um dia tenha havido relação de dependência afetiva e econômica e foi provocada uma ruptura inconciliável. Perceba-se que não se trata apenas de uma modificação nas relações familiares, no sentido de se ter deixado aquela *posição original* – em que simplesmente havia certa relação harmoniosa de dependência – mas no sentido de se ter transformado, natural e positivamente, num outro tipo de relação harmoniosa de dependência ou, simplesmente, numa situação resultante do encerramento harmonioso de qualquer relação de dependência.

Por exemplo, uma situação em que filhos se mantinham por anos dependentes dos pais e passam, por um desenvolvimento natural da vida e das relações sociais, a conquistar a própria autonomia material e afetiva. Aqui, aquela família original passou por um processo de transformação que a mantém unida num outro formato, em que o sentido das relações foi modificado – e no qual se incluiu a finalização de certo processo de dependência – mas os integrantes da família ainda se reconhecem como tais.

Mas, por outro lado, quando falamos aqui de *família desconstituída*, referimo-nos a uma família em que se perdem esses laços de reconhecimento, em que de uma situação de dependência e assistência se passa para uma situação de estranhamento, oposição e negação mútua entre os familiares ou ex-familiares. Mantendo ainda o exemplo de uma família em que há pais e filhos, pode-se falar em *família desconstituída* neste sentido quanto, por iniciativa de um dos pais, os filhos são abandonados. A relação familiar se perde do ponto de vista do pai que abandona, mas se mantém – numa situação dramática – do ponto de vista do filho abandonado, que continua dependente. Muito poderia ser dito a respeito do que é uma *família constituída* e do que é uma *família desconstituída*, mas a partir daqui nos restringiremos à idéia de uma família desconstituída cujo elemento sempre presente é a *desconstituição da relação familiar entre pessoas responsáveis pela prestação de alimentos ou assistência*. Numa tal situação, então, tanto a relação familiar como a rede de assistência interna mantida na vida da família são quebradas por iniciativa de um dos membros – usualmente, aquele que tinha o dever de prover a assistência. É o que acontece, mais corriqueiramente, quando um dos pais decide não mais alimentar os filhos, ou quando os filhos recusam ou burlam a assistência aos pais que se tornaram seus dependentes. Aqui, a responsabilidade de prestar assistência ou alimentos é descumprida e o tecido familiar se desfaz na mesma proporção. Praticamente quase todos os estudos doutrinários dedicados ao tema *alimentos* dizem respeito a este tipo de situação, e os instrumentos que o Código oferece para garantir a prestação normalmente dizem respeito a *famílias desconstituídas*.

Os alimentos e a assistência, enfim, parecem ser onipresentes apesar do destino de cada família; mas a verdade é que há casos, previstos em lei, nos quais pode desaparecer o dever de prestar alimentos. É disto que trata o Art. 1.708 do Código Civil brasileiro.

Segundo o *caput* do artigo, se o credor, ou seja, o alimentando, concretizar casamento, união estável ou concubinato, cessa o seu direito aos alimentos pelo simples fato de passar a constituir o núcleo de outra unidade familiar, o que implica, de um ponto de vista jurídico, a pressuposição de que não mais depende, o credor de alimentos, do devedor da família anterior, seja porque se torna autônomo

economicamente, seja porque se torna dependente economicamente do cônjuge, do companheiro, ou do concubino atual. Quanto a isto, nada de mais.

O caso desafiador se encontra no parágrafo único do artigo 1.708, que determina que o direito aos alimentos também cessa se o credor – ou seja, o alimentando – tiver procedimento indigno em relação ao devedor. A grande questão presente é saber o que é, enfim, este procedimento indigno. A doutrina<sup>2</sup> pouco fala do assunto, e é o procedimento indigno um dos únicos casos em que, independentemente de haver real situação de dependência econômica ou afetiva do credor ou alimentando, seu direito a alimentos – tão sacrosantemente defendido a partir de abordagens inspiradas na dignidade humana – pode simplesmente ser extinto.

O que se depreende, de modo geral, da doutrina nacional<sup>3</sup> é, primeiro, a idéia de que o procedimento indigno é um certo tipo de ofensa, e que tal ofensa pode ser considerada grave o bastante para mudar o destino das famílias. Mas a doutrina preocupa-se, ou dá mais atenção, às questões de procedimento indigno nas relações entre ex-cônjuges. E aqui, então, caberia esta questão: por que propor uma interpretação do procedimento indigno, com tanta ênfase, apenas na relação entre ex-cônjuges? No meu modo de pensar, porque é mais visível, na relação entre ex-cônjuges, o reconhecido ânimo em prejudicar materialmente ou afetivamente o outro – e não por acaso há bom número de casos na jurisprudência cujo panorama é este.

Já o interesse ofensivo entre pais e filhos, e mais especificamente entre filhos contra pais, parece ter uma força paradigmática menor, ainda que a experiência nos mostre muitos casos deste tipo que, todavia, muitos insistem, ainda, em ignorar. É importante, certamente, nos basearmos nos casos concretos e nos julgados para o estabelecimento de novos e relevantes paradigmas, mas não é impossível que certa modalidade de procedimento indigno esteja um tanto *blindada* no interior da doutrina e no saldo dos tribunais.

Melhor seria, parece-nos, definir o procedimento indigno sem a ênfase na relação entre cônjuges e ex-cônjuges. Antes, segundo penso, seria preciso reconhecer que o procedimento indigno do qual efetivamente trata o Código é uma realidade em todo tipo de relação familiar e, por isso, caberia questionar qual é o específico procedimento indigno que deve ser considerado relevante a ponto de provocar a extinção do direito aos alimentos.

O parágrafo único do artigo 1.708 nada diz em termos de definição, deixando a cargo de doutrina e jurisprudência a especificação de seu sentido. Todavia, um procedimento interpretativo não apenas prudente, como mesmo necessário, é comparar o Código Civil consigo mesmo, o que significa buscar, no bojo do Código, o esclarecimento do sentido da expressão *procedimento indigno*.

Ora, um caminho prioritário para a compreensão do que seja o procedimento indigno deve ser, então, aquele que buscasse o emparelhamento do parágrafo primeiro do artigo 1708 com outros dispositivos legais que, de alguma forma, o definem, e não um apelo direto à jurisprudência, como primeiro manancial interpretativo. Se atentarmos para os demais dispositivos legais registrados no Código, somos já esclarecidos suficientemente por dois deles: o artigo 1.814 e o artigo 1.962, respectivamente sobre o *procedimento indigno de herdeiros e legatários contra o autor da herança ou legado*, e sobre o *procedimento indigno de descendentes contra ascendentes*. Os casos de indignidade previstos no artigo 1.963 – sobre *procedimento indigno de ascendentes contra descendentes* – são equivalentes aos do artigo 1.962, pelo que não ampliam a tipologia de indignidades.

Os casos de indignidade são, portanto e no conjunto dos dispositivos mencionados, divididos em cinco categorias: a) ofensa física (Art. 1.962, I; Art. 1.963, I), tentativa de homicídio ou homicídio consumado (Art. 1.814, I); b) calúnia (Art. 1.814, II) ou injúria (Art. 1.962, II; Art. 1.963, II); c) violência ou fraude contra ato de última vontade (Art. 1.814, III); d) relações ilícitas com cônjuge do prestador de alimentos (Art. 1.962, III; Art. 1.963, III); e) desamparo (Art. 1.962, IV; Art. 1.963, IV).

O que essas categorias têm em comum é o fato de cada uma delas ser um tipo de violência e, em seu conjunto, não esgotarem as possibilidades de ofensa ou violência a que se poderia designar por procedimento indigno. Em suma, o que o próprio Código nos mostra é que a *indignidade é não um valor*, mas uma certa prática – e especificamente uma *prática violenta*<sup>4</sup> – cuja natureza é a de atentar contra a integridade física ou moral da pessoa que lhe presta os alimentos ou a assistência: procedimento indigno, portanto, é violência. À doutrina, cabe reconhecê-lo. Cabe identificar o tipo de violência que a indignidade é, ou se toda violência constitui uma indignidade juridicamente relevante.

Em todas as cinco hipóteses antes mencionadas, temos uma clara manifestação violenta e uma indubitável relação de como esta violência é próxima de nós, que eventualmente a assistimos à distância. E porque é assim, parece lúcido afirmar que não há como limitar – em rol taxativo – os casos de violência pelos quais podem passar as relações entre familiares ou entre ex-familiares, tanto na vida vivida

2 Recomendo a leitura de Silmara Juny de Abreu Chinelato, Comentários ao Código Civil, vol. 18, São Paulo, Saraiva, 2004.

3 Recomendação de leitura: Antônio Carlos Mathias Coltro e Marília Campos Oliveira e Telles, “A indignidade sob a perspectiva da obrigação alimentar no Direito Civil Brasileiro, a ser publicado na Revista de Direito das Famílias e das Sucessões – IBDFAM.

4 “Violência”, neste caso, em seu sentido filosófico, primordialmente, para ser jurídico depois.

nas famílias ainda não desconstituídas, como nas famílias já desconstituídas.

Exatamente assim, quero pensar: *a indignidade não é uma exclusividade das famílias desconstituídas, mas ela pode ser – e é – um ingrediente rotineiro das famílias constituídas, em que a assistência é prestada espontaneamente.*

Ou seja, no que respeita ao parágrafo único, qualquer pessoa em qualquer relação familiar, pode ser identificada como credor ofensor. Por que qualquer pessoa? Porque o cultivo da ofensa não é prerrogativa exclusiva das relações entre cônjuges e ex-cônjuges, embora estes sejam os casos mais costumeiramente conhecidos e tratados no beligerante palco do Poder Judiciário.

### III. Procurando definir indignidade nas relações familiares.

Como definir a indignidade? Será possível encontrar um conceito jurídico de indignidade? Haverá quem já proponha um conceito jurídico de indignidade? Será que o conceito de indignidade não é, na verdade, um conceito que se encontra fora do direito, que precisa ser apropriado por este ou a ele adaptado apenas, mas cujas regras de estabelecimento e aplicação não seguiriam o arbítrio do jurista? Assunto para se pensar, sempre mais detidamente. Assunto para reflexão!

Bem, pensando nos elementos que temos de saída – basicamente, a descrição dos procedimentos indignos tal como aparece nos artigos 1.814 e 1.962 –, não dispomos de muitos elementos além da evidente aproximação entre indignidade e violência. E, se recorrermos às adições de conteúdo oferecidas pela jurisprudência, esta parece reconhecer, como indignidade, a violência da ingratidão e do abandono, e negar que seja tal violência qualquer comportamento tido como natural à simples busca do bem-estar. Ora, não são, de fato, muitos elementos a fim de se chegar a um conceito livre de equívocos. Ao contrário, a partir de um tal conjunto de referências podemos apenas chegar a uma noção que tende a se confundir com outras formas de violência, com outras formas de conflito, outras formas de estranhamento...

Uma pista a mais, talvez, fosse o conceito aparentemente oposto: *dignidade*. De fato, temos à mão, cada vez mais discutido e desenvolvido, um *conceito de dignidade*. Mais do que isto, teríamos à mão um *conceito jurídico de dignidade*, em oposição, por exemplo, ao que seria um *conceito filosófico de dignidade*. Assim sendo, seria viável investigar o sentido de indignidade a partir de um outro conceito, mais especificamente, o de dignidade? O que sabemos acerca de dignidade, tal como ela aparece no mundo jurídico?

Por dignidade chegamos tanto à noção de uma notoriedade pública – uma valoração social com base no cargo, na dis-

tinção, na influência, concepção que não é a que nos interessa – quanto à noção de um *valor intrínseco ao homem* – uma valoração com base em algo que pertence à natureza humana, e esta é a noção que nos interessa, e é a que está estampada na Constituição Federal sob a expressão *dignidade da pessoa humana*.

Eis, portanto, o que é a dignidade da natureza humana mencionada como princípio constitucional: um valor reconhecido a cada homem por ser indefectivelmente racional e enquanto não for tratado como se fosse uma coisa, porque, ao coisificar o homem, não lhe retiramos a dignidade – que não tem como ser retirada dele porque é idêntica à sua natureza –, mas negamo-la, ignoramo-la.

Por isso, parece ser justo afirmar: enquanto a *dignidade é um valor* (e um valor intrínseco e imutável), a *indignidade é uma prática* (e uma prática aviltante e violenta). Logo: *dignidade e indignidade não são concepções contrárias, porque não são congêneres.*

Se assim é, eis uma tentativa de conceito jurídico do que seja indignidade, se me permitem intentá-lo, ao menos para deixar o registro, neste formidável VI Congresso do IB-DFAM: *no Direito de Família, a indignidade é uma ofensa violenta que deliberadamente visa destruir a relação familiar a partir da destruição do outro nesta relação.*

Vale dizer: onde houver interesse em destruir o outro da relação familiar, a própria relação familiar se tornará inviabilizada. Por respeito à dignidade da pessoa humana, cabe, então, evidenciar que tipo de violência é a indignidade, especialmente quando vivenciada nas relações de família.

### IV. Indignidade em família

Poucas relações são tão propícias à violência recíproca quanto as relações de família. Embora possamos ter uma idéia romântica ou pueril da vida familiar, a verdade é que, assim como não há modelo de família, cada relação familiar em particular é, por vezes, marcada por situações de confronto que ultrapassam os limites do respeito e da civilidade. Isso acontece menos ou mais, mas sempre acontece em algum momento. Ou seja, cada um de nós tem a experiência da prática da ofensa em seu histórico familiar. Nem poderia ser diferente, visto que a família é apenas mais uma forma de vida social – a mais importante, talvez, dado ser o núcleo social de origem e nossa referência por toda a vida –, e a vida em sociedade é definida também pelas situações de confronto, disputa e, por causa destas, de ofensividade e de violência. Não há vida social sem este perfil; não há vida familiar sem participação ou repercussão destas mesmas quebras. Infelizmente, talvez eu gostasse de dizer...

Mas voltemos àquele parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil. Que relação ele guarda com o que dizemos

aqui? O *procedimento indigno* de que trata aquele parágrafo é, justamente, o correspondente a este ataque do credor de alimentos contra o devedor de alimentos. O procedimento indigno, a indignidade, é uma ação pela destruição do outro, é uma violência, no interior ou por conta da própria relação familiar ou afetiva. Não se trata de qualquer uso de força – tanto força afetiva, quanto força física –, mas sim um uso violento de alguma força capaz de destruir ou enfraquecer o outro. Digamos que um alimentando se defende de agressões físicas por parte do alimentante; não se configura, obviamente, comportamento indigno, mas antes uso legítimo da força para se defender. Mas no caso apontado pelo artigo, quando houver violência produzida pelo alimentando contra o alimentante, será possível intentar a extinção da obrigação de prestar alimentos.

Pensemos num caso exemplar. Um homem paga pensão alimentícia à ex-mulher. A relação material entre ambos é, com sua separação judicial, reconstituída na forma de uma dependência material, como se vê. Porém, a mulher passa a ter comportamento indigno em relação ao alimentante. O que quer isso dizer? Não quer dizer que ela não possa ter outros relacionamentos (desde que não seja casamento, união estável ou concubinato, pois nestes casos aplicar-se-ia o *caput* do artigo 1.708, e estamos a considerar a hipótese do parágrafo único deste dispositivo, agora), mas quer dizer que a indignidade que ela perpetra contra o alimentante, de natureza afetiva ou física, é voltada deliberadamente a destruí-lo, a enfraquecê-lo de alguma forma, a inviabilizar sua felicidade.

Num caso assim, então e exemplificativamente, configurar-se-á a ocorrência de *procedimento indigno*, intentado pelo legislador brasileiro, neste parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil.

### V. Solidariedade: uma prática que responde a um dever de assistência mútua

O que leva uma família à sua desintegração afetiva? Quando uma família se desconstitui e a partir disto se inicia uma nova fase marcada pela prestação de alimentos, o que isto significa?

Antes de tudo, parece significar que aquele núcleo familiar não tinha mesmo mais como funcionar, estando os seus integrantes em disputas acirradas por poder. No entanto, também parece que, mesmo separados os corpos, a dependência anímica ainda se mantém. *A família fracassa não quando tem, como termo, uma separação, mas, sim, sempre que não consegue formar seus integrantes para a própria autonomia.* Não há nesta afirmação nenhum juízo moral, nenhuma reprovação. É apenas a constatação de um dado essencial da realidade. No caso da prestação de alimentos, a família desconstituída não foi potente o bastante para viabilizar a autonomia do que se tornou alimentando, mas isso decorre de um mau gerenciamento dos instrumentos materiais da família, e não de uma

impossibilidade, inscrita na natureza do provido, de manter-se a si mesmo. A prestação de alimentos é uma necessidade já da vida diária de uma família constituída; ela continua em certos casos de família desconstituída porque, a despeito de não mais serem viáveis os interesses comuns, restam deveres ou direitos assistenciais por parte de seus integrantes.

O fundamento para estes deveres/direitos assistenciais tem, por base, a solidariedade (grande tema deste VI Congresso, afinal), mas não a solidariedade compreendida como um valor em si, mas como uma prática motivada pelos valores de generosidade e de humanidade. A solidariedade, vista por este viés, é uma prática que responde a um dever de assistência mútua, e este dever vem da constatação de que, se não houver esta colaboração, toda relação humana é enfraquecida, todas as instituições são postas em risco (inclusive a família) e, em conseqüência, a felicidade individual se torna impossível. É uma concepção muito interessante esta, pelo que consigo sentir, pois alia a busca pela felicidade individual a um desejo coletivo por segurança, que está nas mãos dos próprios indivíduos.

A solidariedade, enfim, é – como a dignidade – uma espécie de valor, mas principalmente é *uma certa prática*, que visa não apenas combater a conduta indigna como proporcionar uma nova fundação para as relações familiares ou sociais.

### VI. A solidariedade inspira a derrota à indignidade

A prestação de alimentos é um direito para o alimentando e um dever para o alimentante, mas é igualmente para ambos uma estratégia de relacionamento em uma nova ordem. O sentido do dever de se prestar alimentos é a garantia de sustento a alguém que é considerado dependente e incapaz de prover seu próprio sustento. Igualmente, significa impor ao alimentante a condição de responsável por outra vida, independente de disposição afetiva. Prestar os alimentos é, de fato, prestar certo tipo de assistência. Mas seria isto prestar solidariedade? Seria isto auxiliar o outro por um dever de solidariedade? Penso que não – *ainda* não.

A assistência representada pela prestação de alimentos – ao menos na maioria dos casos, preservadas as raras e honrosas exceções, sem dúvida – não é movida por um interesse básico do alimentante em assistir ao alimentando, mas em primeiro lugar tem um caráter coercitivo, tendo como motivação fundamental um interesse justificadamente egoísta, o de não ser responsabilizado criminalmente pelo descumprimento dessa dívida civil. Há uma diferença essencialmente determinante entre agir por dever e agir por obrigação: agir por dever – ético, moral – é uma expressão da liberdade individual, determinada pela consciência ou pela razão do próprio indivíduo; agir por obrigação – jurídica, moral – é uma expressão da servidão individual, de subordinação do ânimo às vontades externas.

Por último, gostaria de rememorar (finalizando) o valor do combate jurídico que nos é proporcionado pelo parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil: antes de um efetivo combate jurídico, se deve considerar o combate ético contra a indignidade. E este combate, caros amigos, neste Congresso, é a própria solidariedade que se mostra, aqui, como uma reação à violência que a indignidade é.

Por isso é que é possível afirmar, como intentamos antes, que a solidariedade realmente não é a assistência devida pelos provedores na vida da família constituída, ou pelos alimentantes na vida da família desconstituída.

*Solidariedade, na relação entre alimentando e alimentante, é a que é devida pelo alimentando em relação ao alimentante.*

Só quando aquele que ofende percebe a validade da solidariedade para com aquele a quem ofende é que será possível vislumbrar, no horizonte, a derrota da indignidade.

## VII. Um belo horizonte

A escusabilidade do dever de alimentar é uma medida extrema na relação entre os familiares, e na história de uma família. Mas, como toda crise, ela é uma oportunidade perfeita para acabar com a guerra que se havia instalado na própria família. A solidariedade do alimentando em relação ao alimentante é a morte da indignidade, porque é uma ação positiva da parte daquele mesmo que agia negativamente.

O que se passa em nosso ânimo é realmente de nosso único interesse; de interesse coletivo, social, familiar são as atitudes que tomamos externamente, a partir disso que sentimos ou desejamos. Se secretamente odiamos, isso é irrelevante caso ajamos em favor dos demais e do benefício comum. Vale estritamente o mesmo para as relações humanas nas famílias desconstituídas. E mesmo quando há a necessidade de se adotar o expediente da escusabilidade do dever de alimentar, isso não impedirá o surgimento de novo capítulo nessas relações em particular.

Agora, certamente, deverá seguir – ao menos na ordem das boas relações de civilidade – o que já será efetivamente uma conquista relevante para o estabelecimento de uma concórdia no distanciamento. Há relações familiares que não têm como se desenvolver unidas a partir de certa crise, e seu desenvolvimento natural encontrará guarida na separação. Por outro lado, há famílias desconstituídas que não conseguem se manter separadas, e no novo campo trazido pelo distanciamento inauguram novas formas de crise ou de discórdia. Em parte, isso se deve a toda relação humana ser efetivamente marcada por discórdias e disputas; cabe, porém, descobrir o caminho da civilidade, da disputa honesta, da oposição não violenta.

É assim que as relações sociais funcionam, é isso que a família também deve ensinar, mas, antes de tudo, é isso que a família deve aprender. Se a vida em concórdia é inviável na união, que seja ela tentada na distância. Se nem desta forma for possível, chegamos no ponto fulcral: será o caso da extinção do direito a alimentos por causa da própria indignidade contra o alimentante, situação que acaba com as últimas armas de que dispunha o alimentando ao menos sob aquela referência familiar mínima.

Desde então, voltamos a um horizonte estritamente social, no qual cada um é efetivamente responsável por sua própria vida. A indignidade, em parte, era um desejo de irresponsabilidade perante a vida, de impunidade diante da própria indolência; e se por um lado era uma forma de destruir o alimentante, também era, desde a origem, uma forma de enfraquecimento de si mesmo.

Não se trata de criar um movimento solidarista na sociedade ou de se voltar ao movimento solidarista que inspirou pensadores sociais no correr do século XX. Trata-se apenas de reconhecer que a solidariedade é um ingresso privilegiado na pacificação das relações sociais, pois, assim como preserva o interesse pela realização dos objetivos pessoais, impede que relações mal desenvolvidas sejam entrave para a consumação de tais interesses e, não menos importante, para a construção de relações familiares em que a crueldade não precise ser elemento afetivo determinante.

A solidariedade pode, talvez, ser pensada como um valor; mas ela é principalmente uma prática, uma atitude, uma determinada forma de agir-se livremente. E, como toda prática, esta pode fazer nascer, no ânimo dos envolvidos na relação, afetos que estavam profundamente ocultados pela bruma das paixões tristes – a começar pelo afeto da generosidade. É generoso quem faz o bem ao outro sem ser movido por interesses egoístas, nem por temores infundados, o que significa que se chega, aí, à sensação de uma prática que prepara os ânimos para a entrega mútua e para o cultivo dos afetos de alegria, das inumeráveis formas de amor. Uma destas, poder-se-á descobrir então, é o próprio amor familiar, um amor marcado necessariamente pela generosidade, ao mesmo tempo em que o ódio familiar era marcado pela indignidade.

Pois assim como a indignidade opera onde o ódio familiar já venceu os afetos de generosidade, a solidariedade, alimentada em parte por um amor por si mesmo, mostra-se caminho para a redescoberta daquela mesma generosidade e, talvez só então, para a concepção de um amor nascido na visão ativa das identidades múltiplas que já há entre os membros de uma mesma vida em família.

Porque família é, em essência, assistência mútua movida pelo amor – ainda que precisemos passar pelos infernos da sociedade para descobrir o autêntico valor das variadas formas de assistência.

# Guarda Compartilhada

*(breves comentários aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, alterados pela Lei nº 11.698 de 13 de junho de 2008)*

## Por Silvio Neves Baptista

Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito do Recife da UFPE e da UNICAP. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutorando em Direito Civil pela PUC-SP. Advogado.

## SUMÁRIO

- 1 As alterações legislativas
  - 2 Poder Parental
  - 3 A guarda
  - 4 Tipos de Guarda. Guarda unilateral, compartilhada e alternada. Guarda jurídica e guarda física
  - 5 Os fundamentos da guarda compartilhada
  - 6 O interesse do menor
  - 7 Análise dos arts. 1.583 e 1.584, com a nova redação introduzida pela Lei 11.689/08
  - 8 Direito de visita
- Bibliografia**

### 1 As alterações legislativas

A Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008 alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, para disciplinar a guarda unilateral e a guarda compartilhada, os quais por sua vez já haviam revogado os arts. 9º a 13 da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77). De acordo com a nova lei, os referidos artigos passaram a ter a seguinte redação:

**Art. 1.583 – A guarda será unilateral ou compartilhada. § 1º – Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584 § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.**

**§ 2º – A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições de exercê-la e, objetivamente,**

**mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:**  
**I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;**  
**II – saúde e segurança;**  
**III – educação.**  
**§ 3º – A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos.**

**Art. 1.584 – A guarda unilateral ou compartilhada poderá ser:**

**I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;**  
**II – decretada pelo juiz, em atenção às necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.**

**§ 1º – Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e a mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.**

**§ 2º – Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.**

**§ 3º – Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.**

**§ 4º – A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusulas de guarda unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.**

**§ 5º – Se o juiz verificar que o filho não deve permane-**

cer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

## 2 Poder Parental

A guarda constitui um dos deveres inerentes ao poder parental, denominado impropriamente pelo Código Civil de “*poder familiar*”<sup>1</sup>. Poder familiar – para usar a linguagem do Código – compreende o conjunto de deveres que a ordem jurídica impõe aos pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos<sup>2</sup>.

Até bem pouco tempo definia-se como um direito, porém hoje é pacífico o entendimento de que ele é um *complexo de deveres* dos pais quanto aos filhos e aos bens destes, inclusive em situações de aparente exercício de direito (como dirigir-lhes a educação, castigar moderadamente, dar-lhes o consentimento para o casamento, administrar-lhes os bens), pois todos esses casos constituem deveres que devem ser cumpridos unicamente no interesse e em proveito dos filhos. O próprio usufruto legal é um dever dos pais para a proteção dos bens dos filhos menores, devendo cumprir tudo o que a lei estabelece no **art. 1.400** do Código Civil. Só não estão obrigados a prestar a caução de *bene utendo*<sup>3</sup>. A rigor, o único direito do titular do poder parental é o direito do titular do poder parental é o de cumprir o próprio dever.

O poder familiar é classificado pela doutrina entre os poderes-deveres (conhecidos também pelas expressões *potestades*, funções, *munus* ou ofícios)<sup>4</sup>, e constituem uma modalidade de poder diferente dos direitos subjetivos, porque enquanto nos direitos subjetivos o poder é exercido no próprio interesse, nos poderes-deveres o poder é conferido ao indivíduo para satisfação de um interesse superior ou alheio. São aqueles poderes outorgados aos pais, tutores, curadores, testamentários, administradores de pessoas jurídicas de direito público e privado etc. Conforme explica Santoro-Passarelli<sup>5</sup>, os poderes-deveres são atribuídos aos sujeitos “não para a tutela de um interesse individual seu, mas sim de um interesse superior ou, de qualquer maneira, de um interesse alheio. Esses poderes também comportam uma submissão, uma sujeição da pessoa em relação à qual o poder é atribuído, embora esta tenha igualmente, em relação ao titular, obrigações de conduta particulares e secundárias”.

## 3 A Guarda

Tem o poder familiar um conteúdo amplíssimo, composto de vários elementos, entre os quais se inclui a **guarda**, ao lado dos deveres de criar, educar o filho, tê-lo em sua companhia, reclamá-lo de quem o detenha ilegalmente, exigir-lhe obediência, dar consentimento para o casamento, represen-

tar ou assisti-lo, nomear tutor, administrar-lhe os bens, exercer o usufruto (**arts. 1.634 e 1.689 do Código Civil**).

Como bem explica Marcial Barreto Casabona<sup>6</sup>, “a guarda é parte do poder familiar, é conteúdo daquele continente, pois dentre os direitos/deveres que o Código Civil impõe aos pais em relação aos filhos, encontra-se a guarda”.

A despeito do revogado *caput art. 1.583* haver feito referência apenas à guarda de filhos nas hipóteses de dissolução da sociedade ou do vínculo *conjugal*, não trazendo de modo específico nenhuma regra sobre a guarda de filhos nos casos de dissolução de outras formas de família, já se entendia desde a vigência do novo Código que a norma se aplicava igualmente a todas as relações paterno-filiais que envolvessem não só os filhos menores como também os maiores incapazes, ha-

1 Se o legislador pretendia substituir a consagrada expressão “pátrio poder”, derivada do patria potestas do direito romano, para não parecer poder de pai em detrimento do poder de mãe, poderia muito bem tê-la alterado para poder parental (ou “autoridade parental”, identificada à guarda pela lei francesa de 1987), que traduz o poder-dever de ambos os pais em relação à pessoa e aos bens dos filhos, e não substituí-la pela locução imprecisa de “poder familiar”, que sugere um poder genérico da família como um todo. (O termo parental refere-se a pais e não a parentes). Por outro lado a expressão poder não indica nesse contexto “força”, “arbitrio” ou coisa parecida. Ela é empregada para designar as situações ou relações ativas de uma pessoa, enquanto que dever é usada para indicar as situações ou relações passivas. Poder e dever são termos mais genéricos do que “direitos” e “obrigações”.

2 ROBERTO JOÃO ELIAS. Pátrio Poder. São Paulo: Saraiva, 1999, p.105. J. PACE. Family Law. Plymouth: MacDonald & Evans, 1981, p.198. JOACHIM GERNHUBER. Lehrbuch des Familienrechts. 2ª ed., München: C.H. Beck, 1971, p.548.

3 L. 8, § 4d, C., de bonis, quae liberis in potestate constituti ex matrimonio vel aliter adquiruntur, 6,61: paterna reverentia eum excusante...et a cautionibus. PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. IX, p. 125.

4 Os poderes e deveres constituem as situações e relações jurídicas ativas e passivas de uma pessoa, integrantes do primeiro grupo de eficácia do fato jurídico – as chamadas conseqüências jurídicas anexas. No dizer de KARL ENGISCH, as conseqüências consistem em poderes e deveres juridicamente reconhecidos (“Zunächsts einmal, dass die Rechtsfolgen in Rechten [Berechtigungen] und Pflichten bestehen, und dann, dass diese Rechte und Pflichten als rechtliche anerkannt sind”). Einführung in das juristisch Denken. 8ª ed., Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1983, p.17). Poder é a expressão genérica que designa as situações e relações jurídicas ativas, e dever, as situações e relações passivas de uma pessoa. O termo “poder” não corresponde a direito subjetivo, que constitui apenas uma espécie do gênero poder, da mesma maneira que a expressão “dever” não equivale à obrigação, que é uma das modalidades do gênero dever jurídico.

5 SANTORO-PASSARELLI. Teoria Geral do Direito Civil. Trad. Manuel Alarcão. Coimbra: Editora Atlântica, 1967, p.53

6 MARCIAL BARRETO CASABONA. Guarda Compartilhada. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2006, p.101.

vidos ou não de uma relação matrimonial, quer resultassem de uniões estáveis ou não estáveis, concubinárias e eventuais, reconhecidos por ambos os pais ou só por um deles, inclusive os filhos nas famílias monoparentais e reconstituídas.

Já dissemos em um outro ensaio<sup>7</sup> que o estudo da guarda e do direito de visita apresenta pelo menos quatro dificuldades básicas: a primeira, consiste na redoma ética que envolve a família de um modo geral, impedindo a criação de normas legais que explicitem a forma pela qual os direitos de família devem ser exercitados; a segunda decorre da circunstância de que, ao lado de questões estritamente jurídicas, há graves problemas de natureza moral e psicológica que precisam ser enfrentados<sup>8</sup>; a outra resulta de que, dada a grande diversidade de situações, a matéria exige uma regulamentação genérica e flexível, com a inconveniência de que a generalidade das regras pode comprometer a aplicação das mesmas aos casos concretos; e, por último, o fato de que a guarda e o direito de visita se destinam a proteger os interesses de menores e dos incapazes maiores, por ocasião das dissoluções judiciais ou de fato, mas a lei paradoxalmente pauta e organiza o seu exercício como se o interesse fosse dos pais.

Conforme procuraremos explicitar adiante, na dissolução da sociedade conjugal, da união estável, do concubinato ou em conflitos entre pais sobre a guarda de filhos gerados numa relação eventual, pode ocorrer no tocante à guarda uma das seguintes hipóteses:

a) os pais acordam quanto à guarda dos filhos e o juiz homologa o acordo (**CC. art.1.584, I**);

b) os pais acordam sobre a guarda, mas o juiz não homologa o acordo, por achar que a regulamentação não atende ao interesse dos menores;

c) as partes não chegam a um acordo quanto à guarda dos filhos, e a matéria é discutida em juízo em ação autônoma, ou em ação de separação, de divórcio, de dissolução de união estável, investigatória, ou em sede de medida cautelar.

Para as duas últimas hipóteses, o **art. 1.584** do Código Civil, com a nova redação que lhe deu a Lei 11.698/2008, aponta as soluções que o juiz pode adotar: ou defere a guarda unilateral a um dos genitores, se oferecer este melhores condições para exercê-la (**art. 1.583 § 2º**); ou decreta a guarda compartilhada, “*sempre que possível*” (**art. 1.584, § 2º**); ou ainda, se verificar que nenhum dos dois tem condição de exercê-la, confere a guarda a um terceiro “que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade” (**art. 1.584, § 5º**).

Guilherme Gonçalves Strenger lembra as palavras de Edgard Moura Bittencourt, para quem “conceituar a guarda de filhos não é tarefa fácil”<sup>9</sup>. Strenger reputa excelente a definição de guarda dada por Limongi França, segundo o qual “*guarda de menor é o conjunto de relações jurídicas que existem entre uma pessoa e o mesmo, dimanados do fato de estar*

*sob o poder ou a companhia daquela, e da responsabilidade daquela em relação a este, quanto à vigilância, direção e educação*”. E sugere ele o seguinte conceito extensivo: “*Guarda de filhos ou menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considera nessa situação*”.

Conquanto entendamos que a guarda não constitui “*faculdade*” para o exercício de prerrogativas, dada a incompatibilidade conceitual entre *poder-dever* e *faculdade*, (o guardião tem o *dever jurídico* de exercer a guarda, e não uma *facultas agendi*), a definição de Strenger destaca com absoluto acerto os elementos da guarda – **proteção, direção e vigilância** do menor<sup>10</sup>. Paulo Lôbo<sup>11</sup> chama a atenção para esses elementos, dizendo que “*a guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos, dos encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho. Quando é exercida por um dos pais, diz-se exclusiva; quando por ambos, compartilhada. Nessas circunstâncias a guarda integra o poder familiar, dele destacando-se para especificação do exercício*”(Grifos nossos).

Marcial Barreto Casabona<sup>12</sup> ensina que “*a guarda tem como conteúdo geral o ato ou efeito de guardar, vigilância, cuidado, proteção e amparo*”.

Assim, pelas definições expostas, através das quais os autores identificam no conteúdo da guarda o ato de cuidar, proteger, vigiar, controlar, amparar, podemos conceituar a guarda como um poder-dever inerente ao conteúdo do poder familiar, visando o cuidado, a proteção, o controle e a vigilância do menor<sup>13</sup>. Que tem a guarda deve velar pela saúde, educação e bem-estar do filho.

## 4 Tipos de guarda. Guarda unilateral, compartilhada e alternada. Guarda jurídica e guarda física

A lei cuida das duas principais modalidades da guarda, a **guarda unilateral**, que é exercida com exclusividade por um dos pais, ou por um terceiro, e a guarda compartilhada, a que compete em conjunto a ambos os pais. O § 1º do art. 1.583 define a guarda unilateral como aquela que é *atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua, e a guarda compartilhada, como a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernente ao poder familiar dos filhos comuns*.

Parece-nos precisa a definição que o § 1º dar de guarda unilateral, mas não podemos dizer o mesmo quanto à definição de guarda compartilhada constante do citado parágrafo. Confundindo as noções de guarda e poder parental, a lei incorreu em estranho equívoco ao conceituar a guarda compartilhada como a “*responsabilização (sic) conjunta*” e o “*exercício de direitos do pai e da mãe*” concernentes aos filhos,

porque “responsabilidade dos pais” e “exercício de direitos” ou cumprimento de deveres no tocante à pessoa e aos bens dos filhos, constituem o próprio o conteúdo do poder familiar, do qual a guarda é apenas um dos seus elementos, conforme falamos acima. A guarda compartilhada ou conjunta (do inglês *joint custody*) consiste no poder-dever de ambos os pais de cumprirem em conjunto os deveres de proteção, cuidado e vigilância do filho, no tocante à criação, educação, saúde física e mental e o patrimônio do mesmo.

Waldyr Grisard Filho<sup>14</sup> sustenta que “a guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios do exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é o chamamento dos pais que vivem separados para exercerem em conjunto a autoridade parental, como faziam na constância da sociedade conjugal”.

No mesmo sentido, sustentam Adriana Scheleder, Beatriz Braganholo e Patrícia Grüberl que “a guarda compartilhada é a divisão igualitária da guarda jurídica e corresponde em compartilhar todas as decisões importantes relativas aos filhos. No contexto da guarda compartilhada ou guarda conjunta, os pais podem planejar como desejarem a guarda física e o acesso às visitas e até, se entenderem que é a melhor solução, dividirem a custódia material caracterizando desta forma a guarda alternada”<sup>15</sup>.

Para os fins de precisar o conceito de guarda compartilhada, é importante estabelecer distinção entre **guarda jurídica**, ou guarda propriamente dita, e **guarda física ou companhia**. Enquanto a guarda jurídica consiste no dever de cuidar, proteger, controlar e vigiar o menor, a guarda física é a custódia material ou fática do filho, é, numa palavra, ter o filho em sua companhia.

Quem não distingue *guarda* (guarda jurídica) de *companhia* (guarda física ou custódia) tende a rejeitar a figura da guarda compartilhada ou conjunta, considerando que o que se entende por guarda conjunta nada mais é do que o exercício em comum de prerrogativas dos pais em relação ao menor. Eduardo de Oliveira Leite<sup>16</sup>, por exemplo, entende que a expressão *guarda conjunta* em direito civil não tem sentido, ou é imprópria, porque “o conceito civilista da guarda é indissociável da presença da criança. Enquanto a família permanece unida, a guarda conjunta é perfeitamente admissível, questionar-se-ia sobre a realidade de tal expressão quando a família já se encontra separada. A separação dos pais e o inevitável afastamento de um dos genitores da presença do filho impediriam a ‘guarda conjunta’. E acrescenta o ilustrado civilista que ‘guarda conjunta’, não é a guarda, mas os outros atributos da autoridade parental que são exercidos em comum. A ‘guarda conjunta’ consiste no exercício em comum, pelos pais, de um certo número de prerrogativas relativas à pessoa da criança”.

A guarda conjunta não se confunde com a **guarda alternada**, consistindo esta na divisão do tempo de permanência dos pais com os filhos, de maneira a possibilitar que o filho conviva com um e com outro em períodos alternados de tempo (p. ex., uma semana com o pai, e uma semana com a mãe, quinze dias com um e quinze dias com outro).

Durante o período em que o filho se acha em poder de um dos pais, só este exerce o poder de guarda, o que significa dizer que a chamada guarda alternada constitui em verdade uma *duplicidade* de guardas unilaterais e exclusivas.

Isso obriga necessariamente a que os filhos tenham mais de um local para morar, sem um ponto permanente de referência. Assim, a guarda alternada implica uma dupla residência, pelo menos, o que não acontece com a guarda compartilhada, em que o exercício conjunto da guarda não é incompatível com a residência única. A dupla moradia, que aparece na condenável figura da guarda alternada, deve por todos meios ser evitada, principalmente para as crianças, pois faz com que o menor perca um dos seus principais elementos de segurança, que é o referencial de espaço.

Ao invés de ter um guardião contínuo e um descontínuo, passa o menor a ter dois guardiões descontínuos. Convém que a criança tenha moradia principal e *fixa* com um dos genitores, que lhe sirva de referência espacial, sem prejuízo de acomodações dignas (quarto, cama, roupas, livros, brinquedos), em outra casa, paterna ou materna. A unicidade de espaço dos filhos deve ser preservada porque a personalidade do menor se constrói dentro de um certo espaço. Quando há freqüente mudança de espaços – do local onde vive, da escola onde estuda – a criança perde a referência espacial, que no dizer da psicanalista francesa Françoise Dolto, é o “envoltó-

7 Ensaio de Direito Civil. Proteção da pessoa dos filhos no Código Civil de 2002. São Paulo: Método, 2006, p. 276/277.

8 MAURICE MARTHALER. Le Droit de Visite des Parents Séparés de leurs Enfants. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1963, p.7.

9 GUILHERME GONÇALVES STRENGER. Guarda de filhos. São Paulo: LTr, 1998, p.31/33.

10 Idem, ibidem. Op., cit., p. 32

11 PAULO LÔBO. Direito Civil. Famílias. São Paulo : Saraiva, 2008, p.169.

12 MARCIAL BARRETO CASABONA. Guarda Compartilhada. p. 99.

13 No direito assistencial o conceito de guarda difere do aqui defendido, incluindo-se entre as modalidades de família substituta, juntamente com a adoção, a tutela, a curatela e a ausência. PAULO LÔBO, op. cit., p. 169. MARIA HELENA DINIZ. Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 5. Direito de Família. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.603.

14 In: EDIVANE PAIXÃO e FERNANDA OLTRAMARI. Guarda Compartilhada de Filhos. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.1, n.1, abr./jun, 1999. p. 50-71.

15 In: EDIVANE PAIXÃO e FERNANDA OLTRAMARI. Op. cit., p.54 e 55.

16 EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE. Famílias monoparentais. São Paulo: RT, 1997, p. 264.

rio espacial da sua segurança” (*d’enveloppe spatiale de sa sécurité*)<sup>17</sup>.

Françoise Dolto critica a guarda alternada dizendo que a criança não pode suportá-la “sem ficar perdida em sua estrutura, até, eventualmente, dissociar-se consoante a sensibilidade de cada uma. A reação mais comum é o desenvolvimento da passividade no caráter da criança. Ela perde o gosto pela iniciativa, tanto do ponto de vista escolar, quanto do ponto de vista das brincadeiras, e entra em estados de devaneios que não levam à criatividade”<sup>18</sup>.

Na guarda compartilhada o filho pode residir indiferentemente com um ou com outro genitor, dependendo da conveniência ou do interesse do menor.

Ao contrário da guarda alternada, na guarda conjunta “não há alternância necessária e contínua da residência do filho, ora com o pai, ora com a mãe”, como demonstra Lia Justiniano dos Santos. “Na realidade, diz ela, há a fixação de uma residência só para o filho em comum com um dos genitores, mantendo-se ambos com o mesmo dever de guardar seus filhos, o que significa uma relação ativa e permanente entre os genitores e seus filhos”<sup>19</sup>. Na guarda jurídica compartilhada ambos os pais têm o poder conjunto de decisão no tocante aos assuntos relevantes dos filhos, podendo a guarda física ficar com um ou com outro genitor, considerado sempre, em todos as situações, o interesse dos filhos.

## 5 Os Fundamentos da guarda compartilhada

Os fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e psicológica, visando basicamente garantir o interesse do menor. Águida Arruda Barbosa<sup>20</sup> mostra que “o fundamento desta tendência é reconhecer o princípio da igualdade entre o homem e a mulher e o superior interesse da criança, que deve ter a sua vida organizada de tal forma que permaneça, dentro do possível, o mais próximo ao que era quando o casal conjugal existia concomitantemente ao casal parental”.

A Constituição Federal prevê no seu art. 5º/I a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, e no tocante à sociedade conjugal repete a regra no art. 226 § 5º, estatuinto que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. O art. 227 da Constituição estabelece que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à **convivência familiar e comunitária**...”. E o art. 229 dispõe que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores...”.

Do ponto de vista psicológico, a guarda compartilhada oferece a grande vantagem ao filho de suavizar a ruptura decorrente da separação dos pais, conservando os laços existentes entre eles e os filhos, na medida em que os genitores continuam a participar em conjunto da vida deles, tal como faziam antes da dissolução da sociedade conjugal, estável ou concubinária.

## 6 O interesse do menor

A disciplina da guarda, qualquer que seja a sua modalidade, deve objetivar o interesse da criança e do adolescente, sendo este o único e exclusivo vetor na fixação da guarda.

Conquanto não dê uma definição de **interesse do menor**, lembra G. Strenger<sup>21</sup> que há dois critérios a considerar: o critério de controle, através de instrumento que permitam “fiscalizar o exercício da autoridade dos pais”, e o critério de solução, no sentido de que a atribuição de autoridade “irá depender da apreciação que faça o juiz do interesse do menor”. E conclui o mesmo autor que o interesse do menor “não constitui uma noção-quadro”, sendo na verdade “uma noção polimorfa, plástica e essencialmente não objetivável”.

Mas em que consistiria o *interesse do menor*? De que modo o julgador poderia atender o interesse dos filhos em processo relativo à guarda? Aqui não está em jogo o interesse jurídico dos filhos, muito menos o interesse financeiro dos mesmos. Nenhum juiz de bom senso daria a guarda a um dos pais só pelo fato dele poder proporcionar aos filhos melhores recursos financeiros do que o outro. O que de fato interessa ao menor é a preservação da sua estrutura emocional.

E a melhor forma de preservar a estrutura emocional do menor é mantê-lo sob a guarda compartilhada de ambos os pais, ao menos em tese, pelas razões já apontadas, todavia, quando isso se torna impossível, é necessário recorrer a alguns critérios para a fixação da guarda unilateral. Para esta hipótese, Françoise Dolto<sup>22</sup> sugere que o disciplinamento da guarda atenda a três referenciais de continuidade: o *continuum* da afetividade, o *continuum* social e o *continuum* espacial.

O *continuum* de afetividade indica que a criança ou adolescente deve permanecer sob a guarda do genitor em cuja companhia ela se sinta mais feliz e segura. Pelo critério da continuidade social, ao atribuir a guarda a um dos genitores o juiz deve levar em consideração o ambiente vivido pelo menor ao tempo da separação dos pais, procurando manter juntos os irmãos, e reservando o relacionamento social do filho com os colegas e amigos de prédio ou de rua. É preferível por força desse referencial que os filhos fiquem com o genitor que puder criá-los todos juntos. Separar irmãos nessa fase é desastroso.

O terceiro continuum é o espacial. Segundo esse referencial, o espaço dos filhos deve ser preservado porque, como já falamos acima, quando há mudança de espaço a criança perde um dos seus referenciais. Recomenda-se por isso mesmo que se deixem os filhos com o genitor que ficar na casa onde eles moravam no momento da ruptura, e que deixem os filhos na mesma escola onde vinham estudando, pelo menos durante a fase aguda da separação.

Françoise Dolto sublinha que as medidas quanto à guarda devem considerar três graus de interesse: “o interesse imediato e urgente de que a criança não se desarticule; o interesse a médio prazo, de que ela recupere sua dinâmica evolutiva após os momentos difíceis; e o interesse a longo prazo, de que ela possa deixar seus pais: é preciso que ela seja apoiada na conquista da sua autonomia mais depressa de que os filhos de casais unidos, ou seja, que se torne capaz de assumir a responsabilidade por si, e não deixar se apegar demais ao genitor contínuo ou desenvolver mecanismos de fuga, que são principalmente de dois tipos: a inibição – a fuga para dentro de si – ou o abandono da formação pré-profissional, dos estudos, o que às vezes chega até às fugas repetidas. O “interesse do filho” consiste em levá-lo a sua autonomia responsável”.<sup>23</sup>

## 7 Análise dos arts. 1.583 e 1.584, com a nova redação introduzida pela lei 11.698/08

Toda vez que se discute a guarda de menores em processo consensual ou litigioso, o juiz deve observar em primeiro lugar o que é que os pais desejam: se pretendem atribuir a guarda a um deles (unilateral), ou se querem a guarda conjunta (compartilhada); ou, ainda, se resolvem os pais de comum acordo conceder a guarda a um terceiro, caso eles próprios reconheçam que não têm condições de exercer a guarda, nem unilateral nem conjunta. Quando há consenso sobre a guarda em qualquer das suas modalidades, desde que não atentem contra os interesses dos filhos, o juiz simplesmente homologa o acordo. Ocorre na atualidade o que G. Strenger<sup>24</sup> intitulou de “deslegalização do direito contemporâneo da família, em favor do crescimento do poder moderador do juiz e importância conferida às práticas e usos, pela via dos acordos familiares”. É a velha concepção de que em tese ninguém melhor do que os pais para saber o que mais convém aos filhos.

Embora isso ocorra na maioria dos casos, nem sempre os pais estão devidamente preparados para regular a guarda de crianças e adolescentes, principalmente quando tratam do assunto ao meio de conflitos e sob fortes emoções, usando muitas vezes os menores como objetos de interesses mesquinhos ou brinquedos de suas emulações e caprichos.

São aqueles pais a que aludiu Antonio Cezar Peluso<sup>25</sup>, que “transformam o direito em paixão e os filhos em instrumento de revide”.

Não havendo consenso no tocante à guarda, ou mesmo que haja um acordo entre os pais, mas que não atenda aos interesses dos menores, o juiz deverá aplicar prioritariamente a guarda compartilhada, *sempre que possível* (§2º do art. 1.584), examinando previamente as condições fáticas de viabilidade.

17 FRANÇOISE DOLTO. Quand les parents se séparent. Paris : Ed. Seuil, 1998, p. 42. Escreve CLAUDETE CARVALHO CANEZIN que “a idéia de uma residência principal procede no sentido de a criança possuir uma estabilidade e não perder assim o seu ponto de referência domiciliar, mas nada impede que o filho tenha quarto e coisas pessoais nas duas residências, ficando a criança totalmente à vontade nas duas residências, mas nunca se esquecendo de que o menor tem que ter um lar principal para equilíbrio”. Da Guarda Compartilhada em oposição à Guarda Unilateral. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.1, n.1, abr/jun., 1999, p. 5-25. MARIA ANTONIETA PISANO MOTA. Guarda Compartilhada: uma solução possível. Revista Literária do Direito. Ano 2, n. 9, jan/fev. 1996. Idem. É possível compartilhar a guarda? Cadernos da Escola de Advocacia Ruy Antunes. Recife, n. 1, nov.2006, p. 30-35.

18 “Lorsqu’il est petit, un enfant ne peut pas supporter la garde alternée sans rester flou dans sa structure, jusqu’a, éventuellement, se dissocier au gré de la sensibilité de chacun. La réaction la plus commune, c’est le développement de la passivité dans le caractère de l’enfant. Il perde le goût de l’initiative, tant au point de vue scolaire qu’au point de vue du jeu, et il entre dans des états de rêverie qui n’aboutissent pas à une créativité”. FRANÇOISE DOLTO. Op. cit., p. 70. Há decisões nos Tribunais condenando a guarda alternada por se mostrar “prejudicial à formação psicológica da criança, por importar em situação não definida e ausência de um lar estável”(Ap.Cível n.3852396, Rel.Des. Haydevalda Sampaio, j. em 06/5/96, in DJ. 07/8/96,p. 13.094). Outro acórdão no mesmo sentido decidiu que “o instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade do seu cotidiano. Recurso desprovido.” (Ap. Cível n. 1.0000.00.328063, Rel. Des. Lamberto Sant’Anna, j. em 11/9/03).

19 LIA JUSTINIANO DOS SANTOS. Guarda Compartilhada. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n. 1, abr/jun., 1999, p. 155-164.

20 ÁGUIDA ARRUDA BARBOSA. Responsabilidade parental após o divórcio: guarda compartilhada. In: GISELDA HIRONAKA (coord.). Direito e Responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 58.

21 G. Strenger. Op. cit., p. 56.

22 FRANÇOISE DOLTO. Op. cit., p. 17. Sobre esse assunto já discorremos em duas oportunidades: em Guarda e Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, nº 5, abr-mai-jun/2000, p.

36-50, e em Proteção da Pessoa dos Filhos no Código Civil de 2002. In: Ensaio de Direito Civil. São Paulo: Método, 2006, p. 275-299.

23 FRANÇOISE DOLTO, op. cit. p. 125 e 126. JEAN CLAUDE LIAUDET. Dolto expliquée aux parents. Paris: L’Archipel, 2008, p. 167.

24 Op. cit., pág. 65.

25 ANTONIO CEZAR PELUSO. O menor na separação. In: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.).Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. São Paulo: RT, 1993, p.30. Lembra SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA que “quem perde mais é sempre a criança, dividida entre ordens, preceitos, escalas conflitantes, utilizada como peça num jogo de pequenas chantagens”. Direito de Família. Mudanças. São Paulo: RT, 1985, p. 111.

Tentará convencer os pais de que pela Constituição Federal ambos têm os mesmos deveres em relação ao filho, mostrando-lhes a importância da medida e as sanções que poderão advir em caso de descumprimento (§1º do art. 1.584). A guarda conjunta que os pais exerciam enquanto viviam sob o mesmo teto, deve figurar como a primeira opção do julgador, sempre que se discutir a guarda de menor na dissolução da vida em comum. No entanto, é preciso que o juiz tenha a acuidade necessária para perceber se a aceitação da guarda compartilhada deve-se de fato ao elevado desejo dos pais, ou se é mero expediente para concluir apressadamente o processo de separação, ou, o que é pior, se não seria uma negociata para reduzir pensão alimentícia.

Contudo, a despeito de algumas respeitáveis opiniões em sentido contrário, não vemos como estabelecer o compartilhamento da guarda se não houver harmonia e um mínimo de compreensão dos pais voltados para os superiores interesses do filho.

Por isso a guarda compartilhada não pode ser imposta por decisão judicial, “decretada pelo juiz” de ofício, como sugere a hipótese do inciso II do art. 1.584, pois não haveria como obrigar os pais a exercer o compartilhamento de uma guarda quando um deles ou ambos não a aceitaram. Guarda compartilhada não é solução para as divergências parentais. Em recente obra, lembra Rolf Madaleno que a guarda compartilhada pressupõe o consenso dos pais, sendo inviável entre casais que não mantêm diálogo e entendimento. Sustenta ele que “não é da índole da guarda compartilhada a disputa litigiosa, típica dos processos impregnados de ódio”, dizendo adiante que “existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os separandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada, apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador, quando ausente a boa e consciente vontade dos pais”. E arremata o mesmo autor afirmando que “a guarda compartilhada exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus filhos comuns, e não o interesse egoísta dos pais. Deve ser tido como indissociável pré-requisito da custódia compartida, uma harmônica convivência dos genitores”<sup>26</sup>.

Por conseguinte, se não há diálogo e consenso, e mais do isso, se inexistente bom senso e os pais não conseguem evitar as brigas freqüentes, deixando se levar pelos ressentimentos pessoais, o compartilhamento da guarda constituirá uma inesgotável fonte de conflitos, com graves conseqüências para os filhos, que ficarão a mercê de um constante fogo cruzado dos pais. Nesse caso, a guarda conjunta pode até tornar-se prejudicial aos filhos menores, sendo então preferível a guarda exclusiva, onde só um dos genitores exerça a guarda e o outro a supervisione, porque

isso, pelo menos, pouparia a criança de viver em permanente estado de insegurança.

Sabe-se que os eventuais problemas psicológicos dos filhos resultam muito mais das desavenças dos pais do que propriamente da separação destes. Pesquisas de poucos anos atrás revelam que as crianças que vivem em lares desajustados cujos pais permanecem juntos, têm distúrbios comportamentais mais acentuados do que os filhos de pais separados que mantêm um relacionamento cordial. E as seqüelas mais pesquisadas são os desvios sexuais, o consumo de drogas e o fracasso escolar.

Se constatar que a guarda compartilhada não é viável, principalmente se há entre os pais um estado de beligerância tal que impossibilite por completo o compartilhamento da guarda, o juiz decretará a guarda unilateral em favor daquele pai ou mãe que revele *melhores condições* para o exercício da guarda, ou seja, em favor daquele que melhor possa oferecer ao filho afetividade, saúde, educação e segurança, sem prejuízo do outro genitor de *supervisionar os interesses dos filhos* (§§ 2º e 3º do art. 1.583).

Se nenhum dos pais reúne condições para o exercício da guarda exclusiva, nem os dois em conjunto para a guarda compartilhada, o juiz pode deferir a guarda a um terceiro que “revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade” (§ 5º do art. 1.584). Essa guarda pode ser concedida a terceiros de forma unilateral, e até mesmo compartilhada.

Nesta hipótese, duas pessoas em conjunto (dois avós, dois tios ou padrinhos, por exemplo) substituirão os pais no exercício das funções paternas e maternas e velarão pelos interesses do menor. É óbvio que a guarda unilateral e com maior razão a guarda compartilhada, só poderão ser atribuídas a terceiros mediante a prévia concordância da pessoa a quem se confere tal encargo.

Em resumo, é o **interesse do menor** que deve nortear a escolha do tipo de guarda: se existir a compreensão dos pais quanto aos superiores interesses das crianças e adolescentes, é preferível que se adote a guarda compartilhada; se há desarmonia e a relação entre ambos é conflituosa, melhor que se estabeleça a guarda unilateral a um dos pais ou a terceiros.

No que concerne aos grupos monoparentais, apenas a guarda unilateral poderá ser aplicada, em casos como o de reconhecimento de filho por um só dos pais, de filhos gerados em inseminações artificiais sem identificação do doador do sêmen, ou nas adoções por uma única pessoa.

Em qualquer circunstância, porém, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, po-

derá valer-se de *orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar*, para fixar as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência, não só visando estabelecer a guarda compartilhada, como indica o legislador no **§ 3º do art. 1.584**, como também para conceder a alguém a guarda unilateral, se for o caso.

Se houver descumprimento do que ficou acordado entre as partes ou decidido pelo juiz, quer tenha sido estabelecida a guarda unilateral ou compartilhada, a lei prevê no **§ 4º do art. 1.584**, como sanção, a “*redução de prerrogativas do detentor ou detentores da guarda, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho*”. A norma nos parece inconcebível, dado que privar o filho da convivência do pai ou da mãe, por ação ou omissão destes, é impor aos responsáveis pela guarda uma sanção às custas do filho.

É puni-lo por um ato que ele não deu causa. São eles os destinatários da guarda, mas não têm os filhos responsabilidade alguma pelo descumprimento dos deveres dos pais.

## 8 Direito de visita

O direito de visita dar-se-á independentemente do tipo de guarda. Quer na guarda unilateral quer na compartilhada, é preciso estabelecer a visita em favor daquele genitor que não tem a guarda física da criança ou do adolescente (daquele pai que não reside com o filho), considerando que o menor deva ter uma residência fixa como referencial, afastada à hipótese da guarda alternada. Pressupõe a visitação que visitador e visitado não estejam numa situação de presença permanente, pois, como é óbvio, não se visita pessoa com quem se convive. A visita importa assim, intermitência, intervalo, descontinuidade.

Dá-se a visita no direito de família quando preexiste a custódia ou guarda física do menor com outra pessoa. Quem tem a guarda física não visita; faz visita quem não tem a guarda física.

Guarda e direito de visita não constituem direitos contrapostos, mas têm natureza jurídica diferenciada. Enquanto a guarda é um poder-dever dos pais, cujo destinatário da norma é o filho, a visita é um direito de personalidade do filho de ser visitado não só pelos pais, mas por qualquer pessoa que lhe tenha afeto – avós, bisavós, tios, padrinhos<sup>27</sup>.

26 ROLF MADALENO. Curso de Direito de Família. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 357-359.

27 SILVIO NEVES BAPTISA. Ensaio de Direito Civil. Cit., p. 288 e 289.

## Referências bibliográficas:

- BAPTISTA, Sílvio Neves. Guarda e Direito de Visita de Pais Separados. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n°5, abr-mai-jun/2000. \_\_\_\_\_ . Proteção da Pessoa dos Filhos no Código Civil de 2002. In: Ensaio de Direito Civil. São Paulo: Método, 2006.
- BARBOSA, Águida Arruda. Responsabilidade parental após o divórcio: guarda compartilhada. In: GISELDA HIRONAKA (coord.). Direito e Responsabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.1, n.1, abr/jun., 1999.
- CASABONA, Marcial Barreto. Guarda Compartilhada. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2006.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito de Família. Mudanças. São Paulo: RT, 1985.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direitos das Famílias, 4ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. V. 5. Direito de Família. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.
- DOLTO, Françoise. Quand les parents se séparent. Paris: Ed. Seuil, 1998.
- ELIAS, Roberto João. Pátrio Poder. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ENGISCH, Karl. Einführung in das juristisch Denken. 8ª ed., Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1983.
- GERNHUBER, Joachim. Lehrbuch des Familiensrechts. 2ª ed., München: C.H. Beck, 1971.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: RT, 1997.
- LIAUDET, Jean Claude. Dolto expliquée aux parents. Paris: L’Archipel, 2008.
- LÔBO, Paulo. Direito Civil. Famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARTHALER, Maurice. Le Droit de Visite des Parents Séparés de leurs Enfants. Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1963.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro : Borsoi, 1971.
- MOTA, Maria Antonieta Pisano. Guarda Compartilhada: uma solução possível. Revista Literária do Direito. Ano 2, n. 9, jan/fev. 1996. \_\_\_\_\_. É possível compartilhar a guarda? Cadernos da Escola de Advocacia Ruy Antunes. Recife, n. 1, nov.2006.
- PACE, J. Family Law. Plymouth: MacDonald & Evans, 1981.
- PAIXÃO, Edivane e OLTRAMARI, Fernanda. Guarda Compartilhada de Filhos. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v.1, n.1, abr./jun, 1999.
- PELUSO, Antônio Cezar. O menor na separação. In: TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (Coord.). Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. São Paulo: RT, 1993.
- SANTORO-PASSARELLI. Teoria Geral do Direito Civil. Trad. de Manuel Alarcão. Coimbra: Editora Atlântica, 1967.
- SANTOS, Lia Justiniano dos. Guarda Compartilhada. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v.1, n. 1, abr/jun., 1999.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. Guarda de filhos. São Paulo: LTr, 1998.

# Aspectos relevantes acerca do art. 285-A do CPC

## Por Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Mestre em Direito Público pela UFPE e Professor de Direito Processual Civil

*O Direito Processual Brasileiro, atento aos princípios da economia processual e instrumentalidade das formas, reflexos de uma demanda social por uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, tem evoluído de forma inequívoca e abrangente para a inviabilidade do prosseguimento de demandas e recursos sabidamente condenados a desfechos desfavoráveis (arts. 285-A, 515, §3º, 527, I, 543-A, 543-B, 557, do CPC, bem como a Lei nº 11.417/06, disciplinadora da súmula vinculante do STF, entre tantos outros dispositivos legais) (AGTAR 2617/RJ, TRF2, 4SE, Rel. Des. Fed. Sérgio Schwaitzer, DJ de 31/07/2007).*

## Introdução

Com a promulgação da Lei nº 12.777/2006, com vigência a partir de 10 de maio de 2007, foi instituído no Código de Processo Civil o art. 285-A, possibilitando uma nova espécie de indeferimento da petição inicial e criando mais um regime de apelação afora os já existentes nos art. 296 e 515 do CPC.

Procuraremos, em breves palavras, tecer algumas considerações sobre os aspectos que penso relevantes sobre o tema, assim dispondo o citado artigo e seus parágrafos, verbis:

“**Art. 285-A.** Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso”.

## Matéria controvertida unicamente de direito

O primeiro requisito para que o juiz da causa possa dispensar a citação do réu e rejeitar liminarmente a petição inicial, negando a própria pretensão deduzida, é que a matéria controvertida seja unicamente de direito, ou seja, aquela prevista na parte inicial do inc. I do art. 330 do CPC.

Havendo matéria de fato a ser esclarecida, necessária se fará a citação regular do réu para os ulteriores termos do processo, especialmente sua eventual fase instrutória, de sorte que a não observância deste preceito implicará em vício a ser atacado através de oportuna apelação.

## Causas idênticas julgadas improcedentes pelo juízo

O segundo requisito exigido é haver aquele juízo já julgado totalmente improcedente casos similares, com mesma causa de pedir e pedido.

Aqui, importa salientar que só tem cabimento a aplicação do art. 285-A do CPC se houver pelo menos 2 (dois) casos idênticos julgados improcedentes anteriormente por aquele juízo, após contraditório, pois a lei fala no plural.

Também se exige que sejam transcritas as sentenças precedentes, ao menos com indicação dos números dos respectivos processos, para que não só a parte autora possa apelar e demonstrar não cuidar-se de situação análoga, mas também para que o tribunal, no julgamento do apelo, possa examinar se há perfeita identidade entre o caso em exame e aquele carreado como paradigma, tudo em atenção à obrigação constitucional da motivação dos atos judiciais, sob pena de nulidade do julgado, o que deve ser objeto do apelo oportuno.

Nesta linha, confirmam-se os precedentes do TJRS adiante ementado:

O Julgador Monocrático pode, valendo-se do art. 285-A do CPC, julgar improcedente a ação de busca e apreensão por entender estar descaracterizada a mora do devedor. Mas, para isto, necessário declinar a sentença paradigma do Juízo e não tão-somente seu entendimento pessoal (AC 70025704362, 14CC, Rel. Des. Gelson Rolim Stocker, Julgado em 10/09/2008).

A redação dada ao artigo 285-A do CPC pela Lei 11.277/2006 é medida que preza celeridade e economia processual. No entanto, é necessário que a sentença proferida de plano traga a transcrição ou, ao menos, indique o número do processo onde foi proferida a sentença anterior, para que se possa auferir a identidade dos casos julgados pelo Juízo (AC 70025660010, 14CC, Rel. Des. Dorval Bráulio Marques, Julgado em 10/09/2008).

Uma indagação que se faz é se poderia servir de paradigma reiterada jurisprudência ou súmula do STF ou do STJ. Confira-se o precedente do TRF1 adiante ementado, em sentido contrário, inviabilizando esta possibilidade:

1. O art. 285-A do Código de Processo Civil foi acrescentado pela Lei 11.277, de 08/02/2006, como parte da reforma do processo civil, em especial no que tange a possível solução célere de questões já apreciadas pelo Julgador. 2. Conquanto a jurisprudência do STJ tenha apontado para a negativa de pensão por morte à filha maior inválida, porém divorciada, a inserção do art. 285-A teve o objetivo de dar tratamento célere às questões já apreciadas pelo próprio juízo que aprecia a demanda, e não o de acrescentar força vinculante aos julgados dos tribunais superiores. 3. Ademais, a possibilidade de alteração do entendimento pretoriano que não é longo impõe maior comedimento na aplicação da norma processual em comento. 4. Sentença anulada, com a determinação de retorno dos autos à origem, em face da inaplicabilidade do procedimento previsto pelo art. 515, § 3º, do CPC. 5. Apelação a que se dá provimento (AC 200734000234803/DF, TRF1, Rel. Des. Fed. Neuza Maria Alves da Silva, DJ de 07/04/2008).

#### Adequação do apelo do art. 285-A do CPC

Indicados os julgados paradigmas e proferida a sentença com o indeferimento substancial da pretensão deduzida liminarmente, sem citação do réu, caberá ao autor, querendo, apelar no prazo comum de 15 (quinze) dias, previsto genericamente no art. 508 do CPC e com as exceções dos arts. 188 e 191 do CPC, apresentando sua motivação de que não se trata de questão similar, pugnando, ao final, pela anulação da sentença, para que o processo seja destrancado, reaberto, e prossiga na sua forma regular, com citação do réu e ulteriores atos.

Se indeferida liminar e tecnicamente a petição inicial nos moldes do art. 296 do CPC, nada impede que o tribunal, no julgamento do apelo, anule o julgado e, aplicando o contido nos arts. 515, § 3º, c/c 285-A, possa então rejeitar liminarmente a pretensão de direito material deduzida.

Assim posicionou-se o TRF1, conforme arestos adiante ementados:

Afastada a inépcia da inicial reconhecida pelo juízo de primeiro grau, o tribunal pode prosseguir no julgamento da causa, aplicando-se à espécie, por analogia, o art. 285-A do CPC, uma vez que a demanda versa questões de fato e de direito reiteradamente julgadas por esta Corte (AC 200738000385270/MG, T1, Des. Fed. Antônio Sávio de Oliveira Chaves, DJ de 02/09/2008).

Tratando-se de pedido de aplicação do IGP-DI na correção do benefício do apelante, é uníssono o entendimento jurisprudencial firmado em sentido contrário a tese, daí porque plenamente cabível, na espécie, a aplicação conjunta dos arts. 515, § 3º e 285-A, ambos do CPC, determinando-se in limine a improcedência do pedido formulado (AC 200434000147457/DF, T2, Rel. Des. Fed. Neuza Maria Alves da Silva, DJ de 19/06/2008).

#### Juízo de retratação

O recurso que usualmente admite retratação é o de agravo, por suas variadas modalidades, mas tanto no apelo do art. 296 do CPC, quando há indeferimento técnico liminar da petição inicial, quanto no apelo do art. 285-A do CPC, quando há indeferimento substancial liminar da petição inicial, o juiz poderá se convencer, pela leitura das razões recursais, que cometeu erro de procedimento e, ele próprio, retratar-se da sentença, admitir a petição inicial e determinar a citação do réu para os termos do processo.

Nas ações originárias dos tribunais, este juízo de retratação é de competência do relator que houver indeferido monocrática, substancial e liminarmente a correspondente petição inicial.

Registro, por derradeiro, que este juízo de retratação não poderá ser feito de ofício, sem que a parte autora tenha recorrido em tempo e modo adequados.

#### Citação do réu

Não havendo retratação, uma vez que mantidos os termos da sentença indeferitória, deverá ser determinada

a citação do réu não para contestar o pedido, mas sim para contrariar o recurso.

Impende enfatizar que a citação se dará após a sentença, quando normalmente ela inaugura o processo, de modo que não ocorrerão os efeitos da revelia previstos no art. 319 do CPC em casos que tais.

Embora o § 1º do art. 285-A fale em apelação, só caberá apelo quando de ações do primeiro grau, pois se a decisão for terminativa dos tribunais, após necessária integração pelo colegiado, o recurso adequado será o especial e/ou o extraordinário, e só então é que deverá ser determinada a citação do réu para contrariar este(s) recurso(s), cujo prazo também será de 15 (quinze) dias, fixo, já que aqui não se aplicam as regras excepcionais dos arts. 188 e 191 do CPC.

Com ou sem contrariedade é que o recurso deverá ser processado como de direito, com remessa ao tribunal competente, incidindo seus respectivos efeitos inerentes.

Em conformidade com o contido no § 3º do art. 551 do CPC, o recurso dispensará revisão.

#### Intervenção do Ministério Público

Surge aqui uma questão intrigante: nas ações em que o Ministério Público tiver de intervir como fiscal da lei, digamos, em defesa dos interesses de consumidores, menores ou incapazes, e estes forem os autores da ação, caberia o indeferimento substancial da petição inicial?

Penso que sim, pois não há norma proibitiva em contrário, devendo se ter especial atenção em intimar o Órgão Ministerial da sentença, pois ele poderá, querendo, também interpor recurso no sentido de anular o julgado referenciado.

#### Aplicação dos §§ 3º e 4º do art. 515 do CPC

Eis os termos dos citados parágrafos, *verbis*:

**Art. 515** - A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

**§ 3º** Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

**§ 4º** Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida

a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

Teria cabimento suas aplicabilidades quando do julgamento do apelo previsto no art. 285-A do CPC?

Não há possibilidade de aplicação das citadas regras, pois a sentença que desafia o apelo do art. 285-A do CPC é liminar e material, sem formação de contraditório, de modo que só se faz possível na apelação do art. 513 do CPC, quando formado contraditório perante o juízo de primeiro grau.

Como já analisamos anteriormente, apenas se anulada sentença em apelo do art. 296 do CPC ou em decorrência de ação originária dos tribunais, é que poderão ser aplicados conjuntamente os arts. 285-A e 515, § 3º, do CPC, para solucionar a controvérsia de forma mais célere, negando a pretensão comprovadamente descabida.

#### Carga sucumbencial

Ao ajuizar a ação, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, e desde que exigível, caberá à parte autora adiantar o pagamento das custas do processo, mas a sucumbência processual, prevista no art. 20, e seus parágrafos, do CPC, é regida pelo princípio da causalidade.

Aquele que dá causa ao chamamento de outrem ao processo, sendo vencido, deverá arcar não só com as custas processuais, mas também com o pagamento dos honorários advocatícios da parte vencedora, técnica ou meritariamente

Ora, se a sentença, ou decisão terminativa que indeferir substancialmente a petição inicial, é proferida no nascedouro, sem citação, sem chamamento formal do réu ao processo, ao menos neste momento decisório não caberá condenação do autor em honorários advocatícios.

Havendo interposição de recurso sem retratação e determinação de citação do réu, aí sim, quando do julgamento perante o tribunal competente, deverá a Corte fixar os honorários advocatícios eventualmente devidos.

Confira-se o precedente do TRF1 adiante ementado: Tendo sido julgado o feito com fundamento no art. 285-A, do CPC, sobrevivendo a hipótese do §2º, do citado dispositivo, e, ainda, citado o INSS para contra arrazoar o apelo, são devidos os honorários de advogado, ora fixados em R\$ 380,00, com base no artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil (AC 200738000118400/MG, T2, Rel. Des. Fed. Francisco Betti, DJ de 03/04/2008).

Na hipótese de não haver fixação por parte do tribunal, deverá a parte interessada interpor embargos de declaração, para ver suprimida tal omissão, visando execução oportuna.

### Intertemporalidade

Por fim, devemos registrar que a norma processual tem eficácia imediata, de modo que todos os processos atualmente conclusos em sua fase inaugural, já poderão se submeter ao procedimento previsto no art. 285-A do CPC, conforme precedente do STJ que adiante transcrevo:

**O julgamento de mérito de uma demanda sem a citação do réu só veio a ser admitida posteriormente, em hipóteses específicas, pelo art. 285-A, do CPC, introduzido pela Lei nº 11.277/06, norma essa que não estava vigente à época do julgamento do processo sub judice e que, ainda que assim não fosse, não se aplicaria à controvérsia. Recurso especial provido (REsp 780825/RS, T3, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 05/03/2007).**

A vigência, portanto, é imediata, mesmo que a ação tenha sido ajuizada antes do início da vigência do novo artigo de lei.

### Conclusão

Em tempos de sobrecarga de processos nos tribunais, em que as demandas se multiplicam em quantidades assustadoras, o legislador tem procurado dar aos juízes e tribunais, ferramentas capazes de impedir o processamento de feitos e de recursos que, ao menos em regra e na linha tradicional de julgamentos, não teriam outro desfecho senão o da negativa da pretensão deduzida.

O trancamento liminar e negativo da pretensão deduzida na petição inicial é um desses instrumentos preciosos, mas que merece cuidados especiais com o seu manejo, especialmente para impedir interpretações distorcidas ou o exercício regular do direito de ação.

É preciso que fique claro no julgado a motivação dos precedentes similares e que a matéria seja exclusivamente de direito, para dispensa da citação e declaração negativa do pretense direito liminarmente.

No mínimo de dúvida, deverá o magistrado admitir a petição inicial e só julgar o processo após exauriência dos debates entre as partes, tanto que o caput do art. 285-A do CPC não estabelece que o juiz “julgará”, de forma imperativa, mas sim que ele “poderá” julgar, atribuindo-lhe uma faculdade, ao seu prudente arbítrio.

# A Responsabilidade subsidiária dos entes públicos

*Estudo a partir de casos concretos em que o signatário deste artigo tem participado na defesa de diversas entidades públicas*

## Por Fernando Araújo

Fernando José Pereira de Araújo (Fernando Araújo) é Procurador Federal, lotado na PRF5 – Procuradoria Regional Federal da 5ª Região. É Mestre e Doutor em Direito Público e Professor de Direito Administrativo e História do Direito no Recife. É Advogado regularmente inscrito na OAB/PE. Tem publicado entre outros livros e artigos jurídicos: “Aspectos da História do Direito no Brasil”, ed Nossa Livraria Ltda, em 2ª edição.

### 1 Escorço fático

Sindicatos, associações e empregados têm ajuizado Reclamações Trabalhistas contra empresas prestadoras de serviços a entes federais, mas chamando ditos entes para, na condição de 2º reclamado, responderem subsidiariamente em face da inadimplência trabalhista dos prestadores de serviços em relação aos empregados.

Normalmente alegam os empregados por si ou na condição de substituídos, que prestaram serviços a uma tal empresa, a qual fora antes contratada por tal ou qual ente público federal para o fornecimento de mão de obra de serviços gerais, motoristas, contínuos etc.

Aduzem comumente que, com a rescisão do contrato de prestação de serviço pelo ente público, os empregados são demitidos sem justo motivo, inclusive sem receberem verbas rescisórias.

Então, com base na relação empregatícia mantida com a empresa para a qual trabalhavam, invocam a responsabilidade subsidiária dos entes públicos, tendo por base o que preceitua o Enunciado 331 do Colendo TST, requerendo a procedência da Reclamação para o cumprimento de obrigações e pagamento de verbas trabalhistas.

### 2 Mérito da questão

#### 2.1 Incompetência Absoluta da Justiça do Trabalho.

Em primeiro lugar temos sustentado a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para processar e julgar a presente demanda.

Isto porque, as ações vêm sendo ajuizadas por sindicatos, como substituto processual de empregados de diversas empresas, as quais são contratadas por entes públicos para prestarem serviços de mão de obra, sendo que se procura responsabilizar subsidiariamente ditos entes públicos pelas verbas trabalhistas devidas pelas empresas contratadas.

Ora, com relação aos entes públicos, não se estará buscando discutir nenhuma relação trabalhista com os empregados, mas sim a sua alegada responsabilidade em decorrência de contratos firmados com as prestadoras de serviços, cuida-se, portanto, de questão afeta à responsabilidade contratual.

Com efeito, em se tratando de questão concernente à responsabilidade contratual da União, autarquia ou fundação pública federal, por exemplo, a competência absoluta para conhecer a matéria é da Justiça Federal, nos exatos termos do art. 109, I da CF/88, razão porque, ao nosso sentir,

deve-se reconhecer a incompetência da Justiça do Trabalho para processar e julgar questões relacionadas à suposta responsabilidade decorrente de contratos de prestação de serviços.

## 2.2 ilegitimidade passiva dos entes públicos para figurarem no pólo passivo das demandas, dada a ausência de responsabilidade subsidiária.

Em sucessivo temos argüido a ilegitimidade passiva dos entes públicos, posto que, para que o juiz possa adentrar no mérito da ação, é necessário o preenchimento de determinadas condições que se relacionam com a pretensão a ser julgada e que estão elencadas no art. 267, VI, do CPC, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes, e o interesse processual.

Na lição do professor Humberto Theodoro Júnior, “legitimados no processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se põe ou resiste à pretensão” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 17ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 57, grifos meus).

Destarte, os entes públicos não contrataram com os substituídos ou mesmo as pessoas físicas, logo, não há como ser responsabilizados pelos supostos direitos trabalhistas não quitados pelas empresas prestadoras de serviços, mesmo que na forma subsidiária.

## 2.3 A expressa exclusão legal dos entes públicos das inadimplências das empresas prestadoras de serviços.

Como é sabido, o artigo 71, § 1º, da Lei nº. 8.666/93, de modo categórico, exclui a responsabilidade do ente público pelas obrigações trabalhistas resultantes de relações contratuais firmadas pelos entes públicos, ao dispor que:

“§ 1º. A inadimplência do contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.” (original sem destaque)

A doutrina pátria, aliás, é unânime quanto à absoluta incomunicabilidade dos encargos das empresas contratadas com a Administração Pública. Confira-se:

MARÇAL JUSTEN FILHO

“Também fica expressamente ressalvada a inexistência de responsabilidade da Administração Pública por en-

cargos e dívidas pessoais do contratado. A Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária perante credores do contratado. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros.” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 6ª edição, Editora Dialética, ano 1999, pág. 544).

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR

“Com referência aos encargos mencionados – fiscais, comerciais, trabalhistas e previdenciários – a inadimplência do contratado não transfere à Administração a responsabilidade dos respectivos pagamentos (...). Inadimplência é a situação do contratado que deixa de cumprir aquilo a que se obrigou. Da execução do contrato resultam inúmeros encargos que correm à conta da empresa contratada. Tais encargos são intransferíveis. Devem ser pagos pela empresa. Pela inadimplência do contratado não responde a Administração. O contratado não é, neste caso, preposto do Poder Público.” (in Das Licitações Públicas”, 14ª edição, Editora Forense, págs. 366 e 367).

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR

“O fato de contratar com a Administração não exclui a empresa privada de incidência de normas jurídicas impositivas de encargos, sejam estes de natureza trabalhista, fiscal, previdenciária ou comercial, no que se referirem à execução do contrato público. Assim, a contratada estará em alcance dos encargos que o empregador deve a seus empregados e a seguridade social; de todos os tributos federais, municipais e estaduais que tenham por fato gerador a atividade correspondente à execução do contrato e das obrigações que contrair com terceiros quanto a negócios jurídicos de índole comercial que importem à execução do contrato. Em todas essas relações de direito, público ou privado, a contratada é a única e exclusiva titular dos respectivos encargos, que não se comunicam à Administração contratante antes, durante ou depois da execução do contrato.

O § 1º afasta da Administração qualquer vínculo de solidariedade ou subsidiariedade para com os encargos que a contratada venha a inadimplir perante terceiros ou perante o Estado.” (in Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública”, 4ª edição, Editora Renovar, págs. 484 e 485).

Tem-se assim que aos entes públicos, de direito, não cabe qualquer responsabilidade quanto a alegados direitos trabalhistas de reclamantes, em face de contratos com empresas privadas.

Aliás, nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, em 05-04-2000, PROC: RR NUM: 569385 ANO:

1999 REGIÃO: 04 – RR - ÓRGÃO JULGADOR - QUINTA TURMA, DJU DE 05-05-2000, PG: 550, TENDO COMO PARTES A UNIÃO FEDERAL (RECORRENTE), E MARGARETE DO NASCIMENTO (RECORRIDA), RELATOR MINISTRO RIDER NOGUEIRA DE BRITO, quando excluiu a responsabilidade da União em caso análogo ao presente, verbis:

“ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

Ante o que dispõem o item II do Enunciado nº 331 do TST e o art. 71 da Lei nº 8666/93, não se aplica aos órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional a orientação constante do item IV do Enunciado nº 331 do TST.

Recurso conhecido e provido.

SÍNTESE

Tema(s) abordado(s) no acórdão:

I - Responsabilidade subsidiária - administração pública - tomador de serviços - contratação por empresa interposta - inaplicabilidade do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993 - aplicabilidade do item IV do Enunciado nº 331 do TST.

- Conhecido por violação do artigo 71 da Lei nº 8.666/1993.

- Mérito - provido.

DECISÃO

À unanimidade, conhecer do recurso apenas quanto à responsabilidade subsidiária por violação do Art. 71 da Lei nº 8666/93 e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir a União Federal da responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas no presente feito.” (g. n.)

O Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região também vem adotando o mesmo entendimento, consoante se depreende dos seguintes acórdãos recentemente proferidos pela Primeira e Terceira Turmas, verbis:

“ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. A hipótese de contratação de mão-de-obra terceirizada por ente da Administração Pública não gera responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, em razão de obrigações oriundas de contratos de trabalho firmados pela prestadora de serviços, em virtude da proibição contida no artigo 37 da Constituição Federal, c/c o artigo 71, § 1º, da Lei nº. 8.666/93.” (sem grifos no original) (TRT – 6ª Região, PROC. Nº. TRT – 02399-2006-017-06-00-6 (RO), 1ª Turma, Rel. Juíza Maria das Graças de Arruda França, DJ: 11/04/2008)

“ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELOS ENCARGOS TRABALHISTAS, AINDA QUE DE FORMA SUBSIDIÁRIA - A inadimplência do contratado, único obrigado pelos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade do compromisso, nem

poderá onerar o objeto do contrato. Inteligência do art. 71, § 1º e § 2º, da Lei nº 8.666/93. Recurso provido para julgar a ação improcedente em relação à recorrente.” (sem grifos no original) (TRT 6ª Região, PROC. TRT Nº 00552-2006-331-06-00-1 (RO), Terceira Turma, Rel. Juíza Dinah Figueirêdo Bernardo, DJ: 14/03/2008)

Como se vê, a jurisprudência pátria vem se firmando no sentido de que não existe previsão legal para a responsabilidade subsidiária do ente público por direitos trabalhistas não quitados por empresa prestadora de serviços contrata pela Administração, pelo contrário, a legislação de regência – art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93 – exclui tal responsabilidade.

Evidenciado, portanto, que quando os entes públicos firmão contratos administrativos, decorrentes de licitação pública, não há sustentáculo legal para que o julgador afaste o mandamento expresso no § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93, que é lei vigente, válida e de aplicação obrigatória.

Assim, o questionado Enunciado 331 do TST, sem lugar à dúvida, vai de encontro à norma do artigo 5º, inciso II da CF, segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Ora, ainda que se pudesse desconsiderar as disposições da Lei nº. 8.666/93, não há qualquer previsão legal que impute responsabilidade subsidiária à Administração Pública. Se a Lei Federal isenta a Administração Pública de qualquer responsabilidade pelas verbas trabalhistas devidas a pessoas contratadas por terceiros, não pode o aplicador da lei, sob pretexto de interpretação de Enunciado do Egrégio TST, criar esta responsabilidade, obviamente, porque falta previsão legal nesse sentido.

Cumprido consignar que a jurisprudência representada por um Enunciado não pode ser contra legem, não podendo jamais prevalecer sobre a lei.

Cabe ressaltar, ainda, que o Enunciado nº 331 afronta também o princípio da isonomia (CF, artigo 5º, caput), na medida em que, ao criar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas devidas por empresas prestadoras de serviços, confere maior proteção aos empregados dessas empresas do que aquela deferida aos demais trabalhadores em geral, inclusive pela própria Lei Maior.

E não é só. O Enunciado nº 331 ofende, também, as normas constitucionais que estabelecem a competência legislativa e o processo legislativo para criação de norma legal e o princípio da separação dos poderes. Conforme os artigos 22, inciso I e 48 da CF somente o Congresso Nacional tem competência para legislar sobre direito do trabalho.

Admitir – ad argumentandum - a aplicação do Enunciado 331 do TST seria o mesmo que conferir ao Poder Judiciário Trabalhis-

ta a possibilidade de usurpar função típica do Poder Legislativo (a de legislar), o que é inadmissível no nosso sistema jurídico.

Vale trazer à baila, outrossim, a abalizada doutrina de Sérgio Pinto Martins que, em artigo publicado na Revista de Direito do Trabalho, volume 100, ano 2000, Editora Revista dos Tribunais, págs. 204/205, assim se pronunciou ao comentar o questionado Enunciado 331 do TST:

“Penso que a nova redação do inciso IV do Enunciado 331 TST, ao tratar da Administração direta e indireta, é ilegal, por violar expressamente o art. 71 da Lei 8.666, atribuindo responsabilidade subsidiária a quem não a tem, além de haver expressa exclusão da responsabilidade trabalhista na Lei de Licitações.”

Disso tudo resulta que, legitimadas a figurar no pólo passivo do feito são, tão-somente as empresas prestadoras de serviços, com quem são firmados os contratos administrativos.

Sobre o tema da legitimidade, veja-se o ensinamento do eminente Celso Agrícola Barbi:

“Significa ela que só o titular de um direito pode discutir em juízo e que a outra parte na demanda deve ser o outro sujeito do mesmo direito. Ou, na precisa definição de Chiovenda: ‘é a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e a da pessoa do réu com a pessoa obrigada.’ (...).

A legitimação passiva, como vimos, significa que o autor só terá ação se a dirigir contra o outro sujeito da relação jurídica, que é objeto da questão. Se a ação for proposta contra pessoa que não seja o outro sujeito da citada relação, o juiz não poderá julgar o mérito e, simplesmente, julgará extinto o processo, segundo o art. 329 combinado com o art. 267, item V, por faltar legitimidade à parte passiva e, portanto, não haver uma das condições da ação, tudo nos termos da doutrina de Liebman, adotada pelo Código (...).”

Tem perfeita aplicação aqui o ensino de Liebman, que, após conceituar a legitimação passiva, a distingue da legitimação para contestar, nos seguintes termos:

“Coisa diferente da legitimação passiva é a legitimação para contestar, isto é, para defender-se, a qual cabe ao réu pelo simples fato de ter sido chamado a juízo (e poderá fazer valer eventualmente – se for o caso – também a sua falta de legitimação passiva, isto é, a sua falta de vinculação com a controvérsia que forma o objeto do processo.” (Comentários ao Cód. de Processo Civil, vol. I, 8ª ed., 1993, Forense, p. 32/33) (original sem destaque).

Em razão de tudo isso, resta evidenciada a ilegitimidade ad causam dos entes públicos para figurarem no pólo passivo das reclamações trabalhistas, na forma do artigo 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

#### 2.4 Da Ausência de Culpa In Eligendo e In Vigilando.

Outro ponto facilmente rebatido é o alegado pelos reclamantes relativamente à chamada culpa da Administração, seja porque escolheu mal em quem confiar, seja porque não vigiou bem a prestadora de serviço contratada. As hipóteses formuladas nas diversas demandas têm por base a sustentação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, para atrair, por analogia, a sanção prevista no artigo 455 da CLT.

Mas, na real verdade, não há se falar em culpa in eligendo, até porque o procedimento licitatório não se realizou ao livre alvedrio da Administração, mas sim nos estritos limites da Lei de Licitações. Não havia provas de inidoneidade da empresa que resulta contratada.

Conforme bem expõe Flávio Amaral Garcia:

“Com efeito, se a licitação é séria – não se podendo partir de premissa de que não seja esta –, a autoridade administrativa está jungida à contratação com o primeiro colocado, sendo-lhe vedado celebrar contrato com preterição da ordem de classificação” (art. 50 da Lei nº 8666/93).

A licitação é, em verdade, mera decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, cuja essência se traduz na impossibilidade de os administradores disporem do interesse público a seu bel-prazer, não se podendo cogitar de uma liberdade de atuação na escolha do contratado; daí o total descabimento de eventual culpa in eligendo quando a contratação é precedida de procedimento licitatório.”

Destarte, após longo processo licitatório, respeitados a Lei nº 8.666/93 e conseqüentemente o princípio da legalidade, o que resta à Administração Pública fazer? Exigir documentos e provas de idoneidade que não constam da lei das licitações?

Por tais razões, lembra Flávio Amaral Garcia, em trabalho intitulado Da inexistência de responsabilidade subsidiária da Administração Pública nas terceirizações, que:

“É, portanto, de todo descabido obrigar órgãos e entidades públicas estaduais e municipais a arcarem com uma atribuição que refoge aos limites de sua competência, em evidente violação ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37, caput, da Constituição Federal, já que, ao exer-

cerem poder de polícia que não se insere no seu campo de atuação, estarão agindo sem qualquer respaldo legal.”

Dentro desse contexto vem se posicionando a jurisprudência emanada dos nossos Tribunais Regionais, citando-se como exemplo o aresto a seguir ementado:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CULPA IN ELIGENDO – INEXISTÊNCIA.

Mesmo que a prestadora de serviços venha a inadimplir suas obrigações com o obreiro, ainda assim não se pode falar em culpa in eligendo (resultante da escolha) da Administração Pública eis que, ao contratar, não o faz ao seu livre alvedrio, mas sim nos estritos limites da Lei de Licitações.

TRT 18ª REGIÃO – RO 2.004/99 – JCJ DE MINEIROS – GO. Acórdão: 5.685/99, DJE de 1º/10/99. Relator: Juiz José Luiz Rosa. Revisor: Juiz Luiz Francisco Guedes de Amorim.”.

Em recente decisão acerca da matéria, oriunda da 1ª Turma do TRT da 12ª região, publicada no DJSC de 30.03.2001, portanto, já na vigência da nova redação do Enunciado 331 do TST, é acolhida de maneira integral e unânime a tese aqui esposada. A decisão foi exarada nos autos TRT/SC/RO nº 9232/2000 e pedimos venia para transcrever significativo parágrafo da mesma, verbis:

“Nesse rumo, impende salientar que a administração pública só responde subsidiariamente por débitos trabalhistas das empreiteiras por ela contratadas se comprovado ter ocorrido fraude no processo de licitação ou que foi ele mera simulação para obter mão-de-obra contratada ilegalmente através de terceira empresa. Se foi normalmente licitada uma empreitada global de serviços de

manutenção ou construção de obras públicas, serviços de limpeza ou vigilância, não responde a administração, nem de forma subsidiária, pelos débitos da empreiteira, ainda que insolvente esta.

Como bem destacado pelo ilustre representante do Ministério Público do Trabalho, Dr. Marcos Vinicius Zanchetta, quando da análise do caso: “ Ora, diante do texto expresso da lei, qualquer decisão no sentido de condenar, quer solidária, quer subsidiariamente a Administração Pública será, inexoravelmente, contra legem, como bem adverte TOSHIO MUKAI em sua obra “Estatutos Jurídicos de Licitações e Contratos Administrativos(Saraiva, 2ª Ed. 1990, p;117). Vale ressaltar, também, que mesmo que o Administrador quisesse quitar os débitos da prestadora de serviços tal procedimento estaria, desde logo, afrontando o princípio da legalidade (CF/88, art. 37 caput) uma vez que a Administração somente deve fazer o que a lei determina e jamais fazer o que a mesma veda. Eis o magistério do insigne jurista Cretella Júnior(In Comentários à Constituição, vol. IV, Forense Universitária, 1ª Ed. 1991, p2142”

#### 2.5 A MATÉRIA ESTÁ SENDO APRECIADA PELO STF.

As razões acima, ao nosso sentir claras e judiciosas, vêm sendo adotadas pelos órgãos jurídicos da União, principalmente os que defendem as autarquias e fundações, entes que mais contratam empresas prestadoras de serviços. Apesar disso, a matéria acha-se submetida ao STF, por força de uma ADC – Ação Direta de Constitucionalidade, a de nº 16, proposta que foi pelo Distrito Federal. Dita medida tem como Relator o Ministro Cezar Peluso. Vários Estados e Municípios intervieram na Ação à condição de amicus curie, o que demonstra a expectativa e o interesse da Administração Pública como um todo, que, com certeza resultará vitoriosa.

# Pensando hoje o meio ambiente de amanhã

Por Sandra Pires Barbosa

Sócia da Pires Advogados & Consultores; Mestre em Direito Público pelo Centro de Ciências Jurídicas da UFPE

É claro que a discussão sobre o meio ambiente está “na boca do povo”. É, na verdade, a ordem do dia. A mídia, em suas várias manifestações, fala sobre isso diariamente. É o rádio, o jornal, a televisão. Há um indiscutível foco na questão ambiental.

Todos os dias são discutidos os problemas que afligem o nosso planeta. Que destino dar ao lixo; qual a melhor maneira de usar a água que temos; como devemos nos comportar em relação ao aquecimento global; o que fazer para preservar os resquícios de mata que nos restam. São perguntas que estamos tentando responder.

No entanto, para a uma boa parte da população, esses questionamentos e preocupações tendem a se esvair; a resvalar no esquecimento, por acreditar, equivocadamente, que ainda há muito e que nossos recursos naturais são inabaláveis. A forma de pensar é mais ou menos aquela que se tem em relação a uma doença grave que a gente acha que nunca irá pegar: “o meio ambiente não vai acabar; isso não é comigo; isso não vai acontecer nem tão cedo”.

Já quem trabalha diretamente com o meio ambiente tem a oportunidade de divisar melhor o rumo que nós seres humanos estamos dando ao planeta e de procurar contribuir para que os problemas hoje existentes sejam amenizados.

Não é fácil, contudo. A constatação é a de que, de fato, nossos recursos estão se acabando... O homem desmata, o homem polui, seja por ignorância ou ganância, e para completar a população planetária cresce geometricamente. O desmatamento, a poluição e o crescimento populacional provocam, por sua vez, inúmeros outros problemas.

O desmatamento desvitaliza o planeta com a redução da vegetação. Com menos plantas, há desequilíbrio no clima. Furacões e tornados são conseqüências diretas dessas alterações, conseqüências estas que estamos vendo acontecer todos os dias.

O desmatamento traz impactos diretos e nocivos também para a biodiversidade. Espécies de plantas e animais são extintos ou ameaçados de extinção todos os dias. A riqueza e beleza naturais do planeta vão rareando...Recantos únicos, de

particularidade ímpar e fenomenal valor histórico e cultural estão desaparecendo...

A preocupação e o medo nos invadem quando pensamos no que está acontecendo na Floresta Amazônica, por exemplo. É notório que a mesma condensa a maior massa verde atualmente existente no mundo. E o que se sabe é que essa imensidão verde está diminuindo a cada dia.

São inúmeros os interesses que estão proporcionando essa redução. Sem dúvida é possível afirmar que as indústrias da soja, do gado e da madeira são as principais responsáveis. A soja que é plantada lá sequer é para alimentar o país. Em sua grande parte está voltada para exportação.

As fazendas de criação de gado da Amazônia são tidas como um grande negócio para quem é do ramo, pois as terras são compradas por preços irrisórios, que não consideram, em momento algum, o valor das árvores e madeiras ali situadas e que logo a seguir serão destruídas. Inúmeras árvores possuem madeiras de alto valor de mercado que, no entanto, não compõem o preço das terras adquiridas pelos fazendeiros.

As madeireiras são outro percalço na Amazônia, pois a ilegalidade impera e poucas são a que estão autorizadas a funcionar.

Outros problemas somam-se a esses para completar o decadente quadro observado na região: a grilagem, o garimpo, o comércio ilegal de animais, dentre outros, vão tomando espaço, na medida em que vias de acesso vão sendo abertas na mata.

Esse quadro de desmatamento desenfreado, que se observa não apenas na Amazônia, aqui mencionada como exemplo, mas em diversas localidades do planeta, nos faz temer pelo nosso destino e dos nossos filhos...

E a poluição? Sim porque além de desmatar o homem também polui, e muito. A indústria, os automóveis, o lixo doméstico são algumas das grandes fontes poluidoras do planeta.

A emissão de gases têm provocado o aquecimento global que, hoje, representa uma das mais prementes ameaças à nossa futura existência. Por força do aquecimento global as massas de gelo do planeta estão diminuindo, o nível do mar está aumentando, praias e ilhas foram e serão engolidas, cidades inteiras poderão desaparecer nas próximas décadas.

O que fazer com o lixo, por outro lado, é um dos grandes desafios da modernidade. A era industrial trouxe excessos e sobras nunca antes imaginados. Mais e mais aterros sanitários estão sendo construídos para dar vazão à grande quantidade de restos hoje existentes no mundo. Isto sem falar que há tipos de lixo perigosíssimos, a exemplo do hospitalar e do nuclear.

Obviamente que o lixo é proporcional à quantidade de pessoas existentes no planeta. O crescimento populacional é um problema porque quanto mais gente no mundo, mais espaços de moradia são necessários, mais carros são comprados, mais bocas têm que ser alimentadas, mais bens são consumidos.

É um processo pernicioso, uma vez que mais gente no mundo gera mais desmatamento, quer seja para a agricultura ou para a pecuária, de modo a garantir alimento para a população, que, por sua vez, crescendo, gera mais lixo, poluição etc.

A todas essas grandes questões ambientais atuais, somam-se o problema energético e da escassez de água no planeta, esta última intrinsecamente relacionada com o desmatamento e com o crescimento demográfico.

O que se percebe, na verdade, é que todos os problemas anteriormente mencionados estão relacionados e são de difícil solução. Como, por exemplo, evitar que a população cresça? Podemos até afirmar que o índice de natalidade tem reduzido em alguns países, mas a reprodução é algo inerente ao ser humano e que, por isso mesmo, continuará a ocorrer. Como diminuir o consumo? Como reduzir a quantidade de lixo no mundo? Como impedir o desmatamento se a terra é necessária para outras finalidades humanas?

Embora ao pensar sobre tudo isso tenhamos consciência da dificuldade de enfrentar todos esses temas e de vislumbrar uma resposta fácil e única, pensamos ser necessário alimentar a esperança, desenvolver nossa capacidade de adaptação e, efetivamente, pensar em soluções, senão definitivas, que possam amenizar os problemas vívidos no meio ambiente.

Previsões do passado já haviam anunciado o nosso fim muito antes do ano em que atualmente nos encontramos. E nós estamos aqui para contar a estória e fazer história. Assim, não é porque as circunstâncias são desfavoráveis que iremos nos conformar e aguardar passivamente o fim dos nossos recursos naturais sem nada fazer.

Há muito que pode ser feito. Não é à toa que o número dos profissionais de meio ambiente está aumentando; que há hoje mais biólogos, mais gestores ambientais e mais advogados ambientalistas; que tantas pessoas estão se especializan-

do em energia, destinação do lixo e uso da água. O mundo está precisando desses profissionais urgentemente.

A legislação ambiental hoje é extremamente complexa, sendo a brasileira considerada uma das mais desenvolvidas. A intenção do legislador é tutelar os mais diversos segmentos de produção, de modo que o empreendedor, ou quem quer que seja, leve em consideração o meio ambiente, desde o planejamento até a operação do seu negócio. O objetivo de uma legislação voltada para o meio ambiente é também a de fiscalizar e assegurar que as mais diversas atividades humanas preservem o meio ambiente. A ordem está em atuar de modo sustentável.

É certo, no entanto, que o principal mesmo está na mudança de consciência que se está operando. Paulatinamente, o mundo está se conscientizando que não pode mais funcionar como antes. Mais e mais pessoas têm percebido que precisam pensar e agir diferente para garantir a existência do planeta, com as belezas que ainda lhe restam, e a qualidade de vida da atual e das futuras gerações.

Trabalhar a ética ambiental é fundamental para fazer com que cada um de nós analise a forma como estamos vivendo, de modo que possamos repensá-la e adaptá-la. Perceber que mudar inúmeros de nossos viciados hábitos tornou-se crucial à nossa existência futura é fundamental.

A grande mudança, no tocante à questão ambiental, está nessa remodelagem de vida que cada ser humano tem que fazer. O grande passo, em se tratando de preservação ambiental, está no conjunto de pequenas mudanças de hábito a que cada um tem que se sujeitar. Trata-se de consumir menos, de gastar menos, de optar por hábitos mais saudáveis.

Trabalhar a consciência é algo que demanda reflexão e vontade. O que posso fazer para gastar menos energia? Para gastar menos água? Como posso reduzir a quantidade de lixo que produzo? O que tenho que alterar em minha vida para que meu lixo possa ser melhor assimilado pelo meio ambiente? Estou adquirindo produtos que são negativos para o meio ambiente? Como posso ter uma vida mais saudável? Preciso realmente adquirir isso ou aquilo?

Precisamos nos condicionar e ensinar nossos filhos a desenvolver pequenos hábitos do tipo: apagar as luzes que não estejam sendo utilizadas; não manter televisões ligadas desnecessariamente; evitar desperdício de água; reduzir as roupas que serão passadas; selecionar melhor os alimentos e os locais aonde comprá-los; andar a pé ou de bicicleta sempre que possível, dentre tantas outras pequenas coisas que podemos ir mudando em nosso dia-a-dia e que, no conjunto, trazem imensos ganhos para o meio ambiente.

O ser humano é criativo e possui uma imensa capacidade de adaptação. Esperamos que essas características da espécie humana associadas a seu forte instinto de sobrevivência garanta sua existência ainda por milhares e milhares de anos em um ambiente ecologicamente equilibrado.

# Anotações sobre a competência dos juizados especiais cíveis federais

Por Leonardo José Carneiro da Cunha

Mestre em Direito pela UFPE. Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor do Curso de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco Conselho Estadual da OAB/PE. Advogado e consultor jurídico

## 1 A previsão constitucional dos Juizados Especiais Cíveis

A garantia de acesso à justiça acarretou a instituição de programas de assistência judiciária disponíveis para muitos dos que não podiam custear os serviços de advogados, tornando, cada vez mais, os que foram por muito tempo deixados ao desabrigo, conscientes de seus direitos<sup>1</sup>. Aí está o derradeiro momento do *acesso à justiça*, que diz com a “representação legal e com a efetividade de direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios da justiça igualitária”<sup>2</sup>.

A crescente preocupação em tornar efetivos direitos de menor complexidade, ou de menor dimensão, ou de pequena relevância, ou de insignificante expressão econômica, conduziu à criação de procedimentos especiais para as causas tidas como “pequenas”, que passaram a ser tratadas diferentemente das “grandes” causas.

Nesse contexto, ao tempo em que consagrou a garantia do acesso à justiça, manifestada na vedação de norma que exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV), a Constituição Federal de 1988 preocupou-se com as demandas de menor complexidade e pequena expressão econômica.

Para alcançar essas demandas e facilitar, ainda mais, o acesso à justiça, a Constituição Federal, em seu art. 98, I, impôs a criação de juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de *menor complexidade*, mediante procedimento oral e sumariíssimo, permi-

tidos a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeira instância.

Enquanto o art. 98, I, da Constituição Federal exige a criação de juizados especiais para causas cíveis de *menor complexidade*, seu art. 24, X, confere competência legislativa concorrente à União e aos Estados para a criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas.

Há, portanto, previsão constitucional para criação de juizados de *menor complexidade* e de juizados de *pequenas causas*. Aqueles não se confundem com estes. Não se trata de nomes diferentes para o mesmo órgão jurisdicional. A Constituição Federal prevê a possibilidade de criação de juizados para causas de pouca complexidade, independentemente do valor envolvido, bem como de juizados destinados a causas de pequeno valor econômico<sup>3</sup>.

Os critérios de identificação do que seja causa de *menor complexidade* constituem matéria de direito processual, devendo, portanto, ser definidos em lei federal (CF/88, art. 22, I), não se outorgando tal poder ao legislador estadual, pois não se trata de questão meramente procedimental, escapando do âmbito do art. 24, X, da Constituição Federal<sup>4</sup>.

Em vez de criar o juizado de *menor complexidade* e o juizado de *pequenas causas*, o legislador preferiu instituir o Juizado Especial Cível, outorgando-lhe competência não somente para as questões de *menor complexidade*, mas igualmente para as de *pequeno valor econômico*. Aos Juizados Especiais Cíveis compete, a um só tempo, processar e julgar as causas de pouca complexidade e as causas de pequena expressão econômica.

## 2 Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais

Em razão da determinação contida no inciso I do art. 98 da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Aos juizados estaduais se conferiu, como visto no item 1 *supra*, competência para as causas de menor complexidade e, igualmente, para as de pequeno valor.

De acordo com o § 2º do art. 3º da Lei nº 9.099/1995, excluem-se da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, bem como as relativas a acidente de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas.

Ainda que ostentem pequeno valor, tais causas não podem ser processadas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Pode-se afirmar que essas são pequenas causas de grande complexidade<sup>5</sup>. Com efeito, ao afastar tais demandas da competência dos juizados especiais cíveis, o legislador atribuiu-lhes a característica de causas de maior complexidade. Dentre elas, sobressaem as de interesse da Fazenda Pública.

Significa que as causas em que há interesse jurídico da Fazenda Pública, ou em que esta figure como parte, não devem ser processadas nem julgadas nos juizados especiais cíveis.

Acontece, porém, que a instituição de juizados especiais demonstrou ser possível ter resultados mais ágeis para questões mais simples ou de menor expressão econômica.

Inspirada no princípio da efetividade e da facilitação do acesso à justiça, a criação dos juizados especiais cíveis vem causando uma gradativa eliminação da chamada *litigiosidade contida*: quem não se socorria da atividade jurisdicional passou a fazê-lo, o que acarretou uma maior conscientização de muitos pela busca do reconhecimento judicial de direitos.

Isso tudo, aliado à constatação de um crescente número de demandas na Justiça Federal, inspirou a criação dos Juizados Especiais Federais, destinados ao processamento, conciliação e julgamento de pequenas causas propostas em face da União, de autarquias e empresas públicas federais.

Daí por que a Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, acrescentou um parágrafo único ao art. 98 da Constituição Federal – que passou a ser § 1º por força da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 – mercê do qual caberia à lei federal dispor sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. Permitiu-se, assim, a instituição de juizados para causas que envolvessem a Fazenda Pública Federal.

Cumprindo a exigência constitucional, a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, dispõe sobre a instituição dos Juiza-

dos Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Em razão de tal diploma legal, foram instituídos os juizados federais, aos quais se aplica, no que com ele não conflitar, o disposto na Lei nº 9.099/1995.

Os Juizados Especiais Federais são, portanto, regidos pelo conjunto das regras contidas na Lei nº 9.099/1995 e na Lei nº 10.259/2001; aplica-se a Lei nº 10.259/2001 e, subsidiariamente, a Lei nº 9.099/1995.

## 3 Competência dos juizados cíveis federais

O art. 3º da Lei nº 10.259/2001 dispõe que “compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da *Justiça Federal* até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, bem como executar as suas sentenças”.

Os Juizados Especiais Federais foram criados, como se vê, para processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal. Nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, aos juizes federais compete processar e julgar as causas em que a União, autarquia ou empresa pública federal forem interessadas na condição de *autoras*, *rés*, *assistentes* ou *opoentes*, exceto as de falência, as de acidente de trabalho e as sujeitas às Justiças Eleitoral e do Trabalho.

É bem de ver que a Justiça Federal julga causas em que a União, autarquias e empresas públicas federais figurem como autoras, rés, assistentes ou opoentes. Por sua vez, compete aos Juizados Especiais Federais processar, conciliar e julgar as causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

Enquanto a Justiça Federal processa e julga causas em que os entes federais figurem como *autores*, *rés*, *assistentes* ou *opoentes*, aos Juizados Especiais Federais somente

1 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 67.

2 GOMES NETO, José Mário Wanderley. O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, n. 3.4, p. 92.

3 CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, n. 4, p. 31. Em sentido diverso, ou seja, entendendo que não se trata de órgãos diferentes: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Competência cível da Justiça Federal. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, n. 10.2, p. 171.

4 Cf. acórdão unânime do Pleno do STF, ADI-MC 1.807/MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23/4/1998, DJ de 5/6/1998, p. 2.

5 CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, n. 4.1.1, p. 34.

compete as causas em que tais entes federais ostentem a condição de réus<sup>6</sup>. Com efeito, nos termos do art. 6º da Lei nº 10.259/2001, somente podem ser partes no Juizado Especial Federal Cível, como autores, as pessoas naturais e as micro-empresas e empresas de pequeno porte e, como réis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

Não é possível, enfim, a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais figurarem como autoras em Juizado Especial Cível Federal. Também não é possível que haja demanda, no âmbito dos Juizados Federais, proposta pelo Ministério Público Federal<sup>7</sup>. Não há permissão legal para que o Ministério Público proponha demanda perante o Juizado Especial Cível Federal, não se devendo aceitar sua presença ali como autor.

Conjugando-se o art. 8º da Lei nº 9.099/1995 com o art. 6º da Lei nº 10.259/2001, obtém-se um rol taxativo: só são admitidos como autores, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais, aqueles ali previstos.

Na verdade, os Juizados Federais foram criados para atender aos chamados *litigantes eventuais*, e não aos *litigantes habituais*.

Considerando as diferenças existentes na dimensão e nos recursos financeiros e, ainda, no direito aplicável, há os que se socorrem, repetidas vezes, da Justiça, envolvendo-se, ao longo do tempo, em litígios similares, enquanto há os que recorrem aos órgãos jurisdicionais ocasional ou esporadicamente. Aqueles são os chamados *litigantes habituais* ou *litigantes freqüentes*, ao passo que estes últimos são os *litigantes eventuais* ou *litigantes esporádicos*<sup>8</sup>. Conforme demonstram Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão, João Pedroso e Pedro Lopes Ferreira, o que faz com que um litigante seja *freqüente* ou *habitual* não é apenas o tipo de litígio que o envolve, mas também sua dimensão e os recursos disponíveis que tornam menos custosa e mais próxima sua relação com os órgãos judiciais. O *litigante habitual* é o que tem tido e prevê que vai ter litígios freqüentes, que corre poucos riscos relativamente ao resultado de cada um dos casos e que tem recursos suficientes para prosseguir os seus interesses de longo prazo<sup>9</sup>.

Segundo esclarecem Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os *litigantes habituais* têm inúmeras vantagens, tais como (a) maior experiência com o Direito, o que lhes possibilita melhor planejamento do litígio; (b) economia de escala, porque têm mais casos; (c) oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisória; (d) possibilidade de diluir os riscos da demanda por maior número de casos; (e) possibilidade de testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros<sup>10</sup>. Diante disso, os *litigantes habituais* ou “organizacionais” são mais eficientes do que os *litigantes eventuais*.

Já o *litigante eventual* é, nas palavras de Adroaldo Furtado Fabrício, aquele que “vai a Juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da Justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo”<sup>11</sup>. Em outras palavras, assim pode ser identificada a situação dos *litigantes eventuais* ou *esporádicos*: “Na maioria dos litígios não é comum que a mesma pessoa recorra ao tribunal duas vezes na vida pelo mesmo motivo e por isso não está dotada dos recursos necessários para o fazer, sendo mais cara a litigação, maior o risco e o empenho que coloca na resolução do problema”<sup>12</sup>.

O sistema dos Juizados Especiais foi estruturado em favor dos chamados *litigantes eventuais*, servindo de meio de maior acesso a quem tem uma causa de pouca expressão econômica e pequena complexidade, não apresentando as vantagens auferidas normalmente pelos chamados *litigante habituais*.

Eis a razão pela qual a Fazenda Pública não pode ser autora nos Juizados Especiais Federais. Trata-se de *litigante habitual*, não merecendo a proteção do sistema dos Juizados. Esse é o mesmo motivo por que não se deve admitir o Ministério Público como autor no Juizado. Além de não estar previsto, na legislação de regência, como um dos possíveis autores, não se enquadra na hipótese de *litigante eventual*, não merecendo a autorização para ser autor no procedimento dos Juizados Especiais.

Podem ser partes, no Juizado Especial Cível Federal, como réis, a União, autarquias, fundações e empresas públicas federais.

Além do mais, o art. 10 da Lei nº 9.099/1995 não admite, no âmbito dos juizados, qualquer intervenção de terceiros, nem mesmo a assistência.

Significa que uma demanda proposta por um ente federal não pode tramitar no juizado, ainda que o valor da causa não supere o limite de 60 (sessenta) salários mínimos. Segundo anotado em precedente do STJ, “a Lei 10.259/2001 não permite que a União figure como autora no Juizado Especial Federal, bem como limita o valor da causa a sessenta salários mínimos”<sup>13</sup>.

Também não será competente o juizado, mesmo que a causa seja de pequeno valor, se o ente federal figurar na causa como terceiro interveniente. Se, por exemplo, há uma demanda de pequeno valor na Justiça Estadual e a União intervém na condição de assistente ou oponente, a causa passará para a competência da Justiça Federal, e não do Juizado Especial Federal. Mesmo que o valor seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, o processo, nesse exemplo, não será da competência do Juizado Especial Federal, eis que a União não figura como ré, mas como assistente ou oponente. E, no

juizado, não se permite qualquer intervenção de terceiro, não podendo, então, haver, em seu âmbito, algum processo em que haja qualquer tipo de intervenção.

À evidência, os Juizados Especiais Cíveis Federais somente têm competência para processar, conciliar e julgar as causas em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais forem interessadas na condição de réis. Se figurarem como autoras, assistentes ou oponentes, não é possível a causa ser processada e julgada pelo Juizado Especial Cível Federal, ainda que o valor seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos.

A competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais é estabelecida pelo valor da causa: somente lhes cabe julgar causas de até 60 (sessenta) salários mínimos; são, portanto, juizados de *pequenas causas*. A previsão de sua criação está, entretanto, no art. 98 da Constituição Federal, em cujo caput há a expressa referência à *menor complexidade*, tal como já demonstrado no item 1. *supra*.

Quer isso dizer que os Juizados Especiais Cíveis Federais somente julgam causas de *pequeno valor*, que sejam também de *menor complexidade*. As causas complexas de pequeno valor estão excluídas da competência de tais juizados. Não é por acaso, aliás, que o § 1º do art. 3º da Lei nº 10.259/2001 afasta do âmbito dos Juizados Federais várias causas. Ainda que ostentem pequeno valor, não se incluem na competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais:

- a) as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil (CF/88, art. 109, II);
- b) as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (CF/88, art. 109, III);
- c) a disputa sobre direitos indígenas (CF/88, art. 109, XI);
- d) a ação de mandado de segurança;
- e) a ação de desapropriação;
- f) a ação de divisão e demarcação;
- g) as ações populares;
- h) as execuções fiscais;
- i) as ações de improbidade administrativa;
- j) as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos;
- k) as causas sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais;
- l) as causas para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal;
- m) as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposto a servidores públicos civis;
- n) as causas que tenham como objeto a impugnação de sanções disciplinares aplicadas a militares.

A competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais é, pois, limitada às pequenas causas de *menor complexidade*, que são aquelas em que a União, entidades autárquicas ou empresas públicas federais figurem como réis (CF/88, art. 109, I) e que tenham valor não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos. Quando a pretensão versar sobre obrigações vencidas, o juizado será competente se a soma de 12 (doze) parcelas não exceder 60 (sessenta) salários mínimos (Lei nº 10.259/2001, art. 3º, § 2º).

Mesmo que o valor seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, a causa será excluída da competência do Juizado Especial Cível Federal quando houver complexidade, ou melhor, quando houver uma prova técnica mais complexa ou demorada.

6 “Lembre-se que a qualidade de parte não é o único critério fixador da competência da Justiça Federal. Por outro lado, o legislador estabeleceu, com clareza, o pólo no qual os entes federais podem estar nos Juizados Especiais Cíveis Federais, ou seja, na qualidade de demandados e não como demandantes.” (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Competência cível da Justiça Federal. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, n. 10.2, p. 171).

7 Em sentido contrário: “Deve-se admitir também a legitimação do Ministério Público para demandar no juizado especial cível federal, na defesa de direitos individuais indisponíveis, segundo a CF, art. 127, caput,” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; GUEDES, Jefferson Carús. Juizados Especiais Federais. Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 593).

8 SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 71.

9 Idem, p. 71.

Com efeito, o litigante habitual “... está permanentemente à barra dos pretórios e tem com eles a maior intimidade. Tem a seu favor a experiência acumulada dos litígios passados e a preparação sempre mais aprimorada para os futuros, o ‘saber de experiências feito’, os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial; está mais aparelhado à produção de provas do seu interesse; mais facilmente captará a simpatia do poder político, do econômico e da mídia – vantagens extraprocessuais estas últimas, sem dúvida, mas cuja importância seria ingênuo negligenciar.” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 405).

10 Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 25.

11 As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 405.

12 SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 71.

13 Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC 48.125/SP, rel. Min. Denise Arruda, j. 26/4/2006, DJ de 15/5/2006, p. 145.

Se, enfim, a resolução do litígio depende de prova técnica de intensa investigação, a competência deve ser da Justiça Federal Comum, e não do Juizado Especial Federal, ainda que a causa ostente pequeno valor<sup>14</sup>. Nas palavras de Tarcísio Barros Borges, “..., a regra consignada no art. 3º da Lei n. 10.259/2001, que prevê a competência absoluta dos juizados especiais federais para causas de valor inferior a 60 salários mínimos, deve ser interpretada à luz do próprio dispositivo constitucional que instituiu a justiça de menor complexidade, ou seja, os juizados especiais tanto estaduais como federais, sem esquecer, ainda, a normatização geral dada pelo próprio sistema da Lei n. 9.099/1995. De fato, nessa Lei, a produção probatória é regulada de forma simplificada, não se permitindo sequer o exame pericial, tal como concebido pelo CPC, mas apenas uma inquirição de técnicos de confiança na própria audiência (art. 35, *caput*), ou mesmo por uma inspeção sumária a ser realizada pelo juiz ou pessoa de sua confiança, que ‘lhe relatará informalmente o verificado’ (art. 35, parágrafo único)”<sup>15</sup>.

Essa, aliás, é a orientação ministrada pelo Superior Tribunal de Justiça. Realmente, é firme o “entendimento do STJ no sentido de que é incompatível com os princípios que regem os Juizados Especiais a atuação destes em causas cujas soluções sejam de maior complexidade” . Em outras palavras, “o célere rito dos Juizados Especiais Federais é incompatível com a necessidade de realização de provas de alta complexidade”<sup>17</sup>.

### 3.1. Competência absoluta

O legislador, ao atribuir competência aos diversos órgãos jurisdicionais, leva em conta, em alguns casos, o interesse público, considerando, em outros, o interesse particular ou a comodidade das partes<sup>18</sup>.

Daí a diferença que se faz entre a competência *absoluta* e a *relativa*. Será absoluta a competência, quando não puder ser alterada ou prorrogada. A competência relativa, por sua vez, assim se qualifica, quando puder ser modificada ou prorrogada. A prorrogação da competência opera-se por vontade das partes ou por critérios legais.

Correlatamente, a *incompetência* pode ser absoluta ou relativa. É *absoluta*, quando o órgão que profere o ato não dispõe de qualquer atribuição para emití-lo. Por sua vez, é *relativa*, quando o órgão que expede o ato, embora tenha competência para aquele tipo de matéria, não é legitimado a emití-lo.

São absolutas as competências fixadas em razão de critérios de natureza material e funcional. As competências fixadas em razão do território e do valor da causa são, por sua vez, relativas<sup>19</sup>.

A competência fixada em razão do valor da causa é,

geralmente, relativa, mas é possível que seja, excepcionalmente, tida como absoluta. É o que sucede no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais: sua competência é fixada até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, sendo, porém, absoluta (Lei 10.259/2001, art. 3º, § 3º).

Assim, uma causa cujo valor seja de até 60 (sessenta) salários mínimos deve ser proposta perante o Juizado Especial Cível Federal, a não ser que ostente complexidade ou que esteja inserida numa das hipóteses previstas no parágrafo 1º do art. 3º da Lei nº 10.259/2001. Por outro lado, uma causa de valor superior a 60 (sessenta) salários mínimos não deve ser proposta no Juizado Especial Cível Federal.

Por ser absoluta, a incompetência, nesse caso, deve ser alegada em preliminar da contestação, e não por exceção de incompetência (CPC, arts. 112 e 301).

Sendo a competência absoluta, não pode ser modificada por meio de conexão ou continência. Isso porque a competência absoluta é improrrogável, não se alterando nem por vontade das partes nem por conexão ou continência. É somente a competência relativa que se altera pela conexão ou continência (CPC, art. 102). Assim, na hipótese de haver uma causa na Justiça Federal Comum e outra, no Juizado Especial Cível Federal, a conexão entre elas não provoca a reunião dos processos, eis que não se permite a modificação da competência absoluta. Em tais hipóteses, cumpre ao juiz, em havendo prejudicialidade de uma causa frente a outra, determinar a suspensão do processo, com suporte no art. 265, IV, d, do CPC.

### 3.2. Juizados Especiais Federais para causas previdenciárias

É possível a criação de Juizados Especiais Federais para causas previdenciárias. Trata-se de juizado especializado, cuja competência se define pela matéria: além de a causa ser de até 60 (sessenta) salários mínimos, deverá a matéria nela versada ser previdenciária.

Essa é a dicção do parágrafo único do art. 19 da Lei nº 10.259/2001: “na capital dos Estados, no Distrito Federal e em outras cidades onde for necessário, neste último caso, por decisão do Tribunal Regional Federal, serão instalados Juizados com competência exclusiva para ações previdenciárias”.

Criado juizado previdenciário, sua competência é material exclusiva, devendo processar, conciliar e julgar apenas causas que tratem desse ramo.

Havendo juizado previdenciário e juizado “comum”, a este não devem ser encaminhadas as demandas que versem sobre aquela matéria, pois elas serão de competência exclusiva do juizado previdenciário. A competência do juizado “comum” será residual: o que não for de natureza previdenciária deverá ser-lhe encaminhado.

### 3.3. Competência territorial dos Juizados Especiais Cíveis Federais

De acordo com o § 2º do art. 109 da Constituição Federal, as causas intentadas em face da União podem ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Significa, então, que, se a parte demandada for a União, há uma competência concorrente, podendo o demandante escolher entre uma daquelas seções judiciárias mencionadas no § 2º do art. 109 da Constituição Federal.

Aos Juizados Especiais Cíveis Federais aplicam-se as regras de competência territorial previstas na Lei nº 9.099/1995, no que não estiver regulado pela Constituição Federal.

Pode-se afirmar, diante disso, que, no tocante à União, aplica-se o disposto no § 2º do art. 109 da Constituição Federal, incidindo o art. 4º da Lei nº 9.099/1995 quanto aos demais entes federais. Em outras palavras, se a demanda for proposta em face de uma autarquia ou empresa pública federal, será competente o juizado do foro (a) do domicílio do réu ou, a critério do autor, do local onde aquele exerça atividades profissionais ou econômicas ou mantenha estabelecimento, filial, agência, sucursal ou escritório; (b) do lugar onde a obrigação deva ser satisfeita; (c) do domicílio do autor ou do local do ato ou fato, nas ações para reparação de dano de qualquer natureza.

Em qualquer hipótese de demanda proposta em face de autarquia ou empresa pública federal, será competente o juizado do foro do réu (Lei nº 9.099/1995, art. 4º, parágrafo único).

A competência territorial é relativa, atraindo a incidência da regra da *perpetuatio jurisdictionis* prevista no art. 87 do CPC. Quer isso dizer que qualquer mudança superveniente no estado de fato ou de direito que altere a competência territorial não atinge o processo em curso. Assim, a posterior alteração do domicílio do autor, por exemplo, não repercute na competência, já fixada, do juizado<sup>20</sup>.

### 3.4. Reconhecimento da incompetência do Juizado Federal

A falta de competência, no plano interno, não acarreta a extinção do processo, ensejando, apenas, a remessa dos autos ao órgão competente, a não ser que o juiz entenda incompetente a Justiça brasileira, no plano internacional, hipótese em que extinguirá o processo<sup>21</sup>. Enfim, a incompetência é, via de regra, reconhecida por uma decisão interlocutória, consistindo em questão *dilatória*, por não implicar a extinção do processo<sup>22</sup>, mas sim a remessa dos autos ao juízo competente.

Essa, contudo, é uma circunstância jurídico-positiva, variando em cada ordenamento, de acordo com a política legislativa ou com a opção do legislador. A incompetência pode ser reconhecida por decisão interlocutória, podendo, diversamen-

te, ser reconhecida por sentença, a depender das vicissitudes e escolhas feitas pelo legislador, variando em cada ordenamento ou em determinado momento histórico. De igual modo, a depender das escolhas do legislador, a declaração de incompetência pode resultar na extinção do processo ou na simples remessa dos autos ao juízo competente. No direito brasileiro, o reconhecimento da incompetência acarreta, geralmente e por tradição, a remessa dos autos ao juízo competente, nada impedindo, todavia, que haja solução legislativa diversa, impondo a extinção do processo sem resolução do mérito.

14 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; GUEDES, Jefferson Carús. Juizados Especiais Federais. Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 592.

15 Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nov. 2007, v. 56, p. 123.

16 Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC 87.865/PR, rel. Min. José Delgado, j. 10/10/2007, DJ de 29/10/2007, p. 173.

17 Acórdão unânime da 3ª Seção do STJ, CC 89.195/RJ, rel. Min. Jane Silva – Desembargadora Convocada do TJMG, j. 26/9/2007, DJ de 18/10/2007, p. 260

18 PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência no processo civil. São Paulo: RT, 2003, n. 3-3, p. 140.

19 ALVIM, Thereza. A organização judiciária e o Código de Processo Civil – competência em razão do valor. Revista de Processo. São Paulo: RT, jul-set/1976, v. 3, p. 35.

A competência fixada em razão do valor da causa somente é relativa “do mais para o menos”, ou seja, se a competência é estabelecida no limite, por exemplo, de até sessenta salários mínimos para determinado juízo e, a partir desse parâmetro, para outro juízo, este último será relativamente competente para as causas de menor valor, enquanto aquele primeiro juízo não detém competência para as causas acima do referido parâmetro. Neste último caso, a competência é absoluta (CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, n. 61, p. 105). Segundo Moacyr Amaral Santos, “Os limites objetivos da competência são sempre absolutos para o mais, nem sempre para o menos: quer dizer que o juiz inferior nunca pode tornar-se competente para conhecer de ação da competência do superior, porém, o juiz superior pode tornar-se competente para conhecer de ação da competência do inferior.” (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1, n. 207, p. 248).

20 “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. PERPETUATIO JURISDICTIONIS.

1. A regra da *perpetuatio jurisdictionis*, prevista no CPC, orienta o processo civil em geral, exatamente porque preserva o princípio do juízo natural, que tem sede constitucional.

2. Nas ações em trâmite nos Juizados Especiais Federais, a mudança de domicílio do autor não determina alteração de competência do juízo onde proposta a demanda.” (Acórdão unânime da 2ª Seção do STJ, CC 80.210/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 12/9/2007, DJ de 24/9/2007, p. 242).

21 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da “Extinção do Processo” conforme o art. 329 do CPC. Revista de Processo. São Paulo: RT, jan-mar/1990, v. 57, p. 203.

22 ALVIM, Arruda. Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. Revista de Processo. São Paulo: RT, abr-jun/1976, v. 2, p. 68.

Nos Juizados Especiais Cíveis, diferentemente do que tradicionalmente ocorre no direito brasileiro, o reconhecimento da incompetência territorial é feito por sentença, acarretando a extinção do processo sem exame do mérito (Lei 9.099/1995, art. 51, III).

Realmente, no processo civil brasileiro, o reconhecimento da incompetência não acarreta, em princípio, a extinção do processo, ensejando, isto sim, a remessa dos autos ao órgão competente (CPC, art. 113, § 2º; art. 311). No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a incompetência é, contudo, motivo para extinção do processo sem resolução do mérito (Lei 9.099/1995, art. 51, II e III).

Reconhecida, então, a incompetência do juizado, cabe ao juiz extinguir o processo sem resolução do mérito, e não determinar a remessa dos autos ao juízo competente. Extinto o processo e mantida a extinção pelo órgão recursal, deverá a parte renovar sua demanda, desta feita perante o órgão dotado de atribuição para processar e julgar a causa.

### 3.5. Competência federal delegada a juízo estadual

A competência da Justiça Federal, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 109 da Constituição Federal<sup>23</sup>, é delegada, em alguns casos, a juízos estaduais.

O desiderato dessa delegação reside na necessidade de se conferir amplo acesso à justiça das pessoas domiciliadas em comarcas que não sejam sede de vara federal<sup>24</sup>, evitando o deslocamento, muitas vezes impossível ou bastante custoso, para o Município ou local onde se mantenha a sede de algum juízo federal.

Assim, em causas previdenciárias, em execuções fiscais, em vistorias e justificações, em demandas relativas a direitos de mineração, aos juízos estaduais da comarca, onde não houver vara federal, é atribuída competência federal. Nesses casos, a competência é da Justiça Federal, mas, por razões de amplo acesso à justiça, resta delegada a juízes estaduais.

Abstraída a execução fiscal, que só pode ser proposta em juízo comum, as demais causas, se ostentarem valor de até 60 (sessenta) salários mínimos, devem ser aforadas nos Juizados Especiais Cíveis Federais. Se, no foro competente, não houver vara federal, a demanda poderá ser proposta no Juizado Especial Federal mais próximo (Lei nº 10.259/2001, art. 20) ou, a critério do demandante, perante o juízo estadual.

Neste último caso, ou seja, na hipótese de a demanda ser intentada perante o juízo estadual, não se aplicam as regras da Lei nº 10.259/2001, devendo a causa processar-se pelo procedimento comum – ordinário ou sumário – disciplinado no Código de Processo Civil. Das decisões proferidas pelo juízo estadual cabem recursos dirigidos ao respectivo Tribunal Regional Federal, e não a turmas ou colégios recursais de juizados.

À evidência, nos casos de competência federal delegada, não havendo vara federal no local do foro, ou a parte propõe sua demanda no Juizado Especial Federal mais próximo, ou a intenta perante o juízo estadual, não cabendo a este aplicar as regras da Lei nº 10.259/2001; cabe-lhe fazer incidir as regras procedimentais do Código de Processo Civil, devendo suas decisões ser controladas pelo Tribunal Regional Federal respectivo.

### 3.6. Criação superveniente de Juizado Especial Cível Federal

Já se viu que a competência dos Juizados Especiais Cíveis Federais é absoluta. Sendo absoluta, não deveria submeter-se à regra da *perpetuatio jurisdictionis* prevista no art. 87 do CPC. Assim, instalado, posteriormente, um Juizado Especial Cível Federal, deveriam os processos em curso, de até 60 (sessenta) salários mínimos que se encaixem em sua competência, a ele ser remetidos.

Isso porque, havendo, por lei superveniente, modificação em critério de competência absoluta, o art. 87 do CPC afasta a aplicação da *perpetuatio jurisdictionis*. Nesse caso, a alteração atinge o processo em curso, que deve passar a tramitar perante o juízo que passou a ostentar a competência absoluta para processar e julgar a causa.

Acontece, porém, que o procedimento adotado nos juizados é bem diferente do procedimento comum regulado pelo CPC. Remeter um processo em curso na Justiça Federal Comum para um Juizado Especial Federal acarretaria problemas procedimentais, dificultando seu andamento e o bom desempenho do juizado. Daí por que o art. 25 da Lei nº 10.259/2001 determinou que “não serão remetidas aos Juizados Especiais as demandas ajuizadas até a data de sua instalação”.

Significa que os Juizados Federais somente recebem demandas intentadas após sua criação. Os casos já em curso perante a Justiça Comum não devem ser remetidos aos Juizados Federais. Aplica-se, na espécie, a regra da *perpetuatio jurisdictionis* prevista no art. 87 do CPC.

É possível, contudo, que, em razão do art. 20 da Lei nº 10.259/2001, a demanda tenha sido proposta perante o juízo estadual, dotado de competência federal delegada.

Tal como já demonstrado no item 3.3 *supra*, essa é uma competência delegada. A competência delegada consiste, em verdade, numa transferência de exercício da competência: o órgão delegado (juiz estadual) exerce uma competência que não é sua, mas do delegante (juiz federal). Não é a competência que se transfere, mas o seu exercício. Bem por isso, a delegação pode ser revogada, passando ao delegante o exercício da competência. O juízo estadual, em tais hipóteses, exerce competência federal, estando seus atos sujeitos ao controle do respectivo Tribunal Regional Federal. Em outras palavras, ele é considerado, no caso concreto, um juízo federal. A delegação do exercício da competência federal deixa de existir

quando, naquele foro, for instalada vara federal. Daí a afirmação de Vladimir Souza Carvalho, segundo a qual “A tendência da delegação é ir cessando à medida em que a Justiça Federal vai se interiorizando. Tanto que a instalação da vara federal faz cessar a competência delegada ao juiz de direito local”<sup>25</sup>.

Em tais hipóteses, proposta demanda no juízo estadual, este, no caso, exerce competência federal. A superveniente instalação de vara federal revoga a delegação da competência, fazendo com que os processos que ali tramitavam sejam, desde logo, encaminhados à vara federal instalada. Na verdade, em casos assim, não se está a modificar a competência. A competência é – e sempre foi – da Justiça Federal. O juízo estadual estava a exercer competência federal, sendo, naqueles casos, considerado um juízo federal, submetido ao respectivo Tribunal Regional Federal. Não se trata de alterar a competência da Justiça Estadual para a Federal. A competência, impende repetir, é federal e continua sendo federal. O juízo estadual era, concretamente, um juízo federal. Cessada a delegação do exercício da competência, com a instalação de vara federal, a esta devem ser remetidos os autos dos processos que tramitavam no juízo estadual<sup>27</sup>.

Nessa hipótese, a causa passa para a Justiça Federal, e não para o Juizado Especial Federal, pois, como se viu, estes somente recebem demandas intentadas após sua instalação (Lei nº 10.259/2001, art. 25). A causa passa para a Justiça Federal, que continua a processá-la com aplicação das regras procedimentais contidas no CPC, e não na lei de regência dos juizados.

Diversamente, se a causa está sendo processada por juízo estadual com competência federal delegada e, em sua comarca, instala-se, não vara federal, mas juizado especial federal, o processo mantém-se com o juízo estadual, não devendo ser remetido para o juizado, por força do já mencionado art. 25 da Lei nº 10.259/2001<sup>28</sup>.

### 3.7. Conflito de competência entre juiz federal de vara comum e juiz federal de juizado

Quando dois ou mais juízes se consideram competentes ou incompetentes, há conflito de competência. Se tais juízes forem vinculados ao mesmo tribunal, é este tribunal que resolve o conflito. Se, contudo, os juízes forem vinculados a tribunais diversos, é do Superior Tribunal de Justiça a competência para solucionar o conflito (CF/88, art. 105, I, d). Será, por sua vez, do Supremo Tribunal Federal a competência de resolver conflito entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal (CF/88, art. 102, I, o).

O juiz federal que atua num juizado mantém sua condição funcional, estando, da mesma forma que um juiz federal que atua numa vara comum, vinculado ao respectivo Tribunal Regional Federal. Tal circunstância poderia ser suficiente para definir a competência do correspondente TRF para resolver

um conflito entre juiz federal de vara comum e juiz federal de juizado.

Ocorre, porém, que um caso que tramite no Juizado Especial Cível Federal não chega, pelas vias recursais, ao Tribunal Regional Federal. Os recursos são apreciados e julgados por um órgão recursal composto por juízes de primeira instância.

Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça entende que, para fins de conflito de competência, o órgão recursal do juizado é considerado como “outro tribunal”. Vale dizer que o juiz federal que atua no juizado está “vinculado” ao órgão recursal do próprio juizado, enquanto o juiz federal de vara comum, ao respectivo TRF.

Daí se concluir que esse é um conflito entre juízes “vinculados” a tribunais diversos, atraindo a competência do STJ para resolvê-lo. Com efeito, segundo consolidado na jurisprudência daquela Corte, “o entendimento da 2ª Seção é no sentido de que compete ao STJ o julgamento de conflito de com-

23 “§ 3º. Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”.

“§ 4º. Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau”.

24 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Competência cível da Justiça Federal. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006, n. 7.3-1, p. 135; PERRINI, Raquel Fernandez. Competências da justiça federal comum. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 303.

25 Competência da Justiça Federal. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 204. 26 “O juiz estadual, no caso, atua como juiz federal, de modo que o recurso interposto de suas decisões e sentenças ‘será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau’ (§ 4º do art. 109 da Constituição).” (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução: parte geral. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 147).

27 “CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. UNIÃO. JUÍZO DO ESTADO. COMPETÊNCIA FEDERAL DELEGADA EXTINTA. INSTALAÇÃO DE VARA DA JUSTIÇA FEDERAL, NA CIDADE EM QUE AJUIZADA A AÇÃO. MOTIVO SUFICIENTE AO ENCAMINHAR DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL.

Abarca o ordenamento jurídico pátrio o princípio da *perpetuatio jurisdictionis* [sic]. Entrementes, este não se aplica, nas hipóteses em que estiver envolvida questão de competência de natureza absoluta, observável, in casu, porque respeitante à competência federal delegada. Com o instalar de Vara Federal na comarca de Niterói, resta extinta a competência delegada, carecendo, pois, o r. Juízo de Direito da 6ª Vara Cível de Niterói de competência para processar e julgar causa versando sobre interesse da União, ex vi do art. 109, inc. I, da Carta da República. Incidência, na espécie, por analogia, a Súmula n. 10 deste egrégio Sodalício. Conflito conhecido, declarando-se competente o r. Juízo Federal, o suscitante.” (Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC 32.535/RJ, rel. Min. Paulo Medina, j. 13/11/2002, DJ de 16/12/2002, p. 232).

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA CONTRA A UNIÃO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I, DA CF/88. AJUIZAMENTO PERANTE VARA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONEXÃO

petência estabelecido entre Juízo Federal e Juizado Especial Federal da mesma Seção Judiciária”<sup>29</sup>. Em outras palavras, “é do Superior Tribunal de Justiça a competência para dirimir conflitos de competência entre o Juizado Especial Federal e o Juízo Comum Federal, ainda que administrativamente vinculados ao mesmo Tribunal Regional Federal”<sup>30</sup>.

Não restam, efetivamente, dúvidas de que cabe ao Superior Tribunal de Justiça dirimir o conflito de competência entre juiz federal de juizado e juiz federal de vara comum, ainda que vinculados administrativamente ao mesmo TRF. Conforme registrado em precedente específico, “a jurisprudência do STJ é no sentido de que juízo de juizado especial não está vinculado jurisdicionalmente ao tribunal com quem tem vínculo administrativo, razão pela qual o conflito entre ele e juízo comum caracteriza-se como conflito entre juízos não vinculados ao mesmo tribunal, o que determina a competência do STJ para dirimi-lo, nos termos do art. 105, I, d, da Constituição”<sup>31</sup>.

Tal entendimento consolidou-se e passou a constar do enunciado 348 da Súmula do STJ, segundo o qual “Compete ao Superior Tribunal de Justiça decidir os conflitos de competência entre juizado especial federal e juízo federal, ainda que da mesma seção judiciária”.

COM EXECUTIVOS FISCAIS. INSTALAÇÃO DE VARA FEDERAL NA COMARCA CESSANDO A COMPETÊNCIA DELEGADA. REMESSA À VARA FEDERAL.

I – Os executivos fiscais foram ajuizados perante a Vara da Justiça Estadual de Carazinho/RS, em razão de, à época em que propostos, inexistir na referida Comarca Vara da Justiça Federal, em conformidade com o disposto no § 3º do art. 109 da Constituição Federal c/c art. 15, I, da Lei nº 5.010/66. II – A ação declaratória a eles conexa, intentada contra a União Federal, em princípio, deveria tramitar perante aquele mesmo Juízo Estadual, tendo em vista que a referida delegação “se impõe como competência absoluta, abrangendo as ações incidentais conexas à execução” (REsp nº 571.719/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 13/06/05). III – Entretanto, fato superveniente foi apontado pelo ilustre representante do Parquet Federal, qual seja, a instalação de Vara Federal naquela mesma Comarca de Carazinho/RS, pelo que, cessada a competência delegada, devem os autos, tanto das execuções, quando das ações a elas conexas, ser remetidos àquela Vara Federal recém instalada. Precedentes: CC nº 38.713/SP, Rel. p/ ac. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 03/11/2004; CC nº 32.535/RJ, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ de 16/12/2002. IV – Recurso especial PROVIDO.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 760.361/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 6/4/2006, DJ de 4/5/2006, p. 142).

28 “PREVIDENCIÁRIO. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CONCESSÃO DE PENSÃO. AÇÃO AJUIZADA NO JUÍZO ESTADUAL EM DATA ANTERIOR À INSTALAÇÃO DO JUÍZO ESPECIAL FEDERAL. INCIDÊNCIA DO ART. 25 DA LEI 10.259/2001. PRECEDENTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL.

1. A Terceira Seção desta Corte entendeu ser da Justiça Estadual a competência para o julgamento das ações ajuizadas em data anterior à instalação do Juizado Especial Federal, a teor do disposto no art. 25 da Lei nº 10.259/2001, o qual estabelece, expressamente, que tais demandas não serão remetidas aos referidos Juizados Especiais.

2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da

Vara Única de Monte Santo de Minas.” (Acórdão unânime da 3ª Seção do STJ, CC 62.373/MG, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 11/10/2006, DJ de 30/10/2006, p. 243).

No mesmo sentido: acórdão unânime da 3ª Seção do STJ, CC 57.799/SP, rel. Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz Convocado do TRF 1ª Região, j. 12/9/2007, DJ de 1º/10/2007, p. 209.

29 Acórdão unânime da 2ª Seção do STJ, CC 83.130/ES, rel. Min. Nancy Andriighi, j. 26/9/2007, DJ de 4/10/2007, p. 165

30 Acórdão unânime da 3ª Seção do STJ, CC 89.195/RJ, rel. Min. Jane Silva – Desembargadora Convocada do TJMG, j. 26/9/2007, DJ de 18/10/2007, p. 260

31 Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC 86.958/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 26/9/2007, DJ de 15/10/2007, p. 213.

#### Referências bibliográficas:

- ALVIM, Arruda. Sentença no processo civil: as diversas formas de terminação do processo em primeiro grau. Revista de Processo. São Paulo: RT, abr-jun/1976, v. 2.
- ALVIM, Thereza. A organização judiciária e o Código de Processo Civil – competência em razão do valor. Revista de Processo. São Paulo: RT, jul-set-1976, v. 3.
- BORGES, Tarcísio Barros. Juizados Especiais Federais Cíveis: reexame das inovações da Lei n. 10.259/2001, após cinco anos de sua vigência. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, nov. 2007, v. 56.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO, Vladimir Souza. Competência da Justiça Federal. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2003.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. Ensaio de direito processual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; GUEDES, Jefferson Carús. Juizados Especiais Federais. Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante. FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JR., Fredie (coords.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. O acesso à justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Competência cível da Justiça Federal. 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Aspectos da “Extinção do Processo” conforme o art. 329 do CPC. Revista de Processo. São Paulo: RT, jan-mar/1990, v. 57, p. 203.
- PERRINI, Raquel Fernandez. Competências da justiça federal comum. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PIZZOL, Patrícia Miranda. A competência no processo civil. São Paulo: RT, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português. Porto: Edições Afrontamento, 1996.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. 1.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de execução: parte geral. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.

# Principais controvérsias envolvendo as hipóteses de impenhorabilidade no código de processo civil

## Por Bruno Garcia Redondo\* e Mário Vitor Suarez Lojo\*\*

\* Advogado. Professor Substituto concursado de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor-Palestrante convidado da ESA (OAB/RJ). Procurador da OAB/RJ nomeado para o triênio 2007-2009. Especializando em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Pós-Graduado em Direito Público e em Direito Privado pela EMERJ (TJRJ / UNESA). Pós-Graduado em Advocacia Pública pela ESAP (PGERJ / UERJ-CEPED). Extensão Universitária em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Faculdade de Natal (FAL). Graduado pela PUC-Rio. <http://lattes.cnpq.br/1463177354473407>. [bruno@garcia-redondo.com](mailto:bruno@garcia-redondo.com).

\*\* Advogado. Mestre em Direito. Professor concursado da Universidade Cândido Mendes (UCAM). Professor convidado dos cursos de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes (UCAM), Estácio de Sá ((UNESA), Gama Filho e UERJ-CEPED. Professor do Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto (CEJ) e dos cursos CEPAD, TOGA e DECISUM. [mariovitorlojo@hotmail.com](mailto:mariovitorlojo@hotmail.com)

### 1. Responsabilidade patrimonial e as exceções previstas no CPC

Sendo ainda recente a vigência das Leis n. 11.382/2006 e n. 11.694/2008 que, entre outras modificações, alteraram as regras do Código de Processo Civil relativas à impenhorabilidade (arts. 649 e 650), e intensa a divergência sobre sua interpretação, impõe-se comentar, brevemente, os pontos mais controvertidos<sup>1</sup>.

Apesar de a responsabilidade patrimonial do devedor impor que todos seus bens respondam por suas dívidas (art. 591 do CPC), há regras que, por motivos de ordem jurídica e humanitária<sup>2</sup>, excluem da responsabilidade patrimonial do executado os bens que figuram nas “restrições estabelecidas em lei”, quais sejam, os *impenhoráveis* e *inalienáveis* (art. 648).

A *impenhorabilidade*, por ser regra processual restritiva, é excepcional; e, de acordo com o entendimento mais clássico, classifica os bens em três categorias: (i) bens *absolutamente impenhoráveis* (os constantes do art. 649 do CPC, não poderiam ser executados em qualquer hipótese); (ii) bens *relati-*

*tivamente impenhoráveis* (os previstos no art. 650 do CPC, sua execução estaria condicionada à inexistência de outros bens com penhorabilidade plena); e (iii) bens *de residência* (segundo entendimento dominante, jamais poderiam ser penhorados, salvo as exceções legalmente previstas), esses objeto da Lei n. 8.009/90, cuja análise transcende o âmbito deste estudo.

### 2. Bens inalienáveis e declarados não sujeitos à execução

O inciso I do art. 649 do CPC estabelece a impenhorabilidade dos bens *inalienáveis* e *daqueles declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução*. Os bens *inalienáveis* podem ser *públicos* (art. 100 do CC) — para sua desafetação do patrimônio público é necessária *lei* expressa — ou *privados*, sejam aqueles por *determinação legal* (e.g., art. 1.711 do CC), sejam os *declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução* (v.g., o bem doado com a cláusula de inalienabilidade prevista no art. 1.911 do CC, ainda que não registrada), pois a vontade daquele que outorgou o direito ao bem com a cláusula *protetiva* não pode ser contrariada.

### 3. Móveis e utilidades domésticas que guarnecem a residência

O inciso II do art. 649 do CPC consagra a impenhorabilidade dos móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida, complementando, assim, o parágrafo único do art. 1º e o art. 2º da Lei n. 8.009/90, que trata do bem de residência e dos móveis que a guarnecem.

Excluem-se da impenhorabilidade, assim, os bens móveis, pertences e utilidades domésticas de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns do executado<sup>3</sup> (TV de plasma, DVD Blue Ray, etc.). Por se tratarem de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, deve o juiz verificar a condição econômica das partes e a situação daquela região do País, para que possa dar concretude à norma abstrata ponderando os valores em aparente conflito.

De acordo com a jurisprudência do STJ, são absolutamente impenhoráveis o fogão, a geladeira, a televisão, o forno de microondas e, segundo julgados mais recentes, até mesmo o microcomputador e a impressora<sup>4</sup>.

### 4. Vestuários e pertences de uso pessoal

O inciso III do art. 649 do CPC contempla a impenhorabilidade dos vestuários e pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor. Como se vê, essa proteção conferida às peças de roupa e aos objetos pessoais do executado tem por objetivo salvaguardar apenas o mínimo necessário para a sobrevivência digna do executado (roupas comuns, aparelho de telefone celular, etc.), dela excluídos os bens de elevado valor (e.g., jóia valiosa, casaco de pele, caneta Mont-Blanc ou roupa de neoprene para a prática dos chamados “esportes radicais”).

A redação revogada, mais restrita, salvaguardava apenas o anel nupcial e os retratos de família, objetos de valor afetivo do executado que, apesar de não mais referidos, permanecem protegidos pela impenhorabilidade, caso não sejam de elevado valor e correspondam a um médio padrão de vida<sup>5</sup>.

### 5. Remuneração do executado

De muita relevância e de grande polêmica, o inciso IV do art. 649 do CPC enumera como impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal.

Evidentemente, trata-se de rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*), já que há outros ganhos do executado que, a despeito de não estarem ali previstos, também gozam da proteção da impenhorabilidade, quando destinados exclusivamente à sobrevivência do executado com dignidade. São impenhoráveis, por exemplo: (i) os direitos do empregado sobre créditos trabalhistas<sup>6</sup> (descabe a penhora no rosto dos autos de reclamação trabalhista)<sup>7</sup>; (ii) a renda de aluguel (quando destinar-se apenas à subsistência do executado-locador)<sup>8</sup>; (iii) os honorários de advogado (contratuais ou de sucumbência)<sup>9</sup>; e (iv) a conta-corrente (onde são depositados os ganhos do executado). Caso estejam depositados, na conta bancária, outros valores que não sejam referentes ao salário, apenas a quantia que lhe seja correspondente será impenhorável.

Como regra, apenas as prestações vencidas são alcançadas pela impenhorabilidade, pois o objetivo da norma é impedir o comprometimento da receita mensal do executado<sup>10</sup>. Por outro lado, as prestações vencidas podem ser penhoradas sempre que estiverem “diluídas” no patrimônio do executado e não mais for possível distingui-las dos demais valores, porquanto sua não-utilização revela a não-essencialidade dessa verba para a subsistência.

Em qualquer caso, compete ao executado o ônus da prova sobre a natureza “salarial” (*alimentar*) da remuneração (§2º do art. 655-A).

Ainda predomina, em doutrina e jurisprudência, o entendimento segundo o qual o inciso IV do art. 649 do CPC consagraria regra de impenhorabilidade absoluta, sendo possível a penhora de parte da remuneração apenas quando destinada ao pagamento de verba de natureza alimentar (§2º do art. 649), devida pelo executado<sup>11</sup>, caso em que o percentual deve ser fixado em atenção aos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A par de outras distorções que a interpretação literal sempre induz, também na hipótese do inciso IV do art. 649 do CPC ela conduziria ao exagero de impedir até mesmo a penhora de valor ínfimo do salário do executado em execução de verba não-alimentar, ainda que se trate de devedor de elevado poder aquisitivo, o que acaba por impor, ao exequente, as agruras do prejuízo, caso o executado não tenha outros bens. O absurdo de tal situação demonstra não ser essa a interpretação mais adequada.

Fato recente e que gerou grande repercussão no meio jurídico<sup>12</sup> foi o veto presidencial ao que seria o §3º do art. 649 do CPC, que, na redação original do PL n. 4.497/2004 (que deu origem à Lei n. 11.382/2006), passaria a permitir a penhora de até 40% do total recebido mensalmente acima de 20 salários mínimos, após o desconto dos recolhimentos referentes ao imposto de renda, à contribuição previdenciária e outros compulsórios. Todavia, a manutenção do status quo objetiva-

da pelo veto deverá ter curta duração, porquanto encontra-se tramitando, na Câmara dos Deputados, o PL n. 2.139/2007 que, se convertido em lei, irá permitir a penhora de um terço da remuneração do executado.

A rigor, mesmo antes de vir a ser positivada regra nesse sentido, não há como negar que é juridicamente possível a penhora de parte do salário do devedor em sede de execução de crédito não-alimentar, sendo irrelevante a falta de previsão expressa dessa regra no art. 649 do CPC<sup>13-14</sup>.

Afinal, a penhora da remuneração decorre inafastavelmente dos princípios da dignidade da pessoa humana (inciso III do art. 1º da CRFB), efetividade da tutela jurisdicional (inciso LXXVIII do art. 5º da CRFB), utilidade da execução para o credor (art. 612 do CPC) e proporcionalidade, como vem sendo reconhecido pelas modernas doutrina e jurisprudência.

Caso contrário, se não for permitida a penhora de qualquer parcela da remuneração do executado, todo devedor possuirá um desproporcional “salvo-conduto” garantido pela lei, já que, sempre que não possuir outros bens em seu próprio nome, mas apenas sua remuneração, estará dispensado do pagamento de todas as suas dívidas.

Para evitar absurdos como esses, a interpretação do inciso IV do art. 649 do CPC que mais se revela de acordo com a Constituição Federal é a que admite a penhora de parte dos ganhos do executado em sede de qualquer execução, ainda que de verba que não possua natureza alimentar. O percentual da remuneração a ser penhorado deve ser arbitrado em patamar razoável, capaz de, ao mesmo tempo, assegurar o mínimo necessário à sobrevivência digna do executado e não violar a dignidade do exequente.

### 6. Instrumentos relacionados à atividade produtiva

O inciso V do art. 649 do CPC consagra a impenhorabilidade dos livros, máquinas, ferramentas, utensílios, instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão. Já os instrumentos voluptuários, por não serem indispensáveis à continuidade da atividade, podem ser livremente penhorados.

Em que pese haver entendimento minoritário no sentido de que apenas a pessoa natural seria capaz de exercer uma “profissão”, o que a tornaria a única beneficiária da impenhorabilidade<sup>15</sup>, mais razoável é admitir-se a impossibilidade de penhora dos bens necessários ou úteis do empresário individual, de microempresas ou de empresas de pequeno porte<sup>16</sup>, tal como o reconhece o STJ<sup>17</sup>.

Apesar de não mais referidos nesse dispositivo, os equipamentos dos militares permanecem gozando de

impenhorabilidade absoluta<sup>18</sup>, por serem de uso restrito das Forças Armadas e necessários à preservação da segurança interna e nacional. Por seu turno, a arma e os acessórios particulares, ainda que adquiridos pelo próprio militar com recursos próprios (v.g., colete à prova de balas), deverão ser penhorados apenas quando se revelarem bens voluptuários, visto que, nos dias atuais, podem ser necessários à salvaguarda da vida, principalmente nas

1. Para estudo aprofundado sobre a penhora e as impenhorabilidades de acordo com a recente reforma do Código de Processo Civil, confira-se obra de nossa autoria: Penhora. São Paulo: Método, 2007.
2. Enrico Tullio Liebman. Processo de execução. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 80.
3. Criticando a interpretação ampliativa que a jurisprudência tem dado a esse dispositivo, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Execução. São Paulo: RT, 2007, p. 255.
4. STJ, 4. T., REsp 831.157/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 03.05.2007, DJ 18.06.2007, p. 269.
5. Dessa forma Ernane Fidélis dos Santos. As reformas de 2006 do código de processo civil: execução dos títulos extrajudiciais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.
6. Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa. Código de processo civil e legislação processual em vigor. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 824.
7. TJRJ, 12. C.Civ., AI 2006.002.03644, Rel. Des. Gamaliel Q. de Souza, j. 01.11.2006, DO 29.01.2007.
8. TRF, 1. R., 8. T., AI 2005.01.00.063050-7/MG, Rel. Des. Carlos Fernando Mathias, j. 02.02.2007, DJ 16/02/2007, p. 134.
9. STJ, CE, EREsp 724.158/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20.02.2008, DJ 08.05.2008.
10. Celso Neves. Comentários ao código de processo civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 7, p. 22.
11. STJ, 3. T., REsp 770.797/RS; Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2006, DJ 18.12.2006, p. 377.
12. Igualmente criticando o veto à proposta de §3º, Alexandre Freitas Câmara. Lições de direito processual civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 2, p. 315.
13. Dessa forma, Luiz Fux. A reforma do processo civil. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 251; Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. Breves comentários à nova sistemática processual civil. São Paulo: RT, 2007. v. 3, p. 94-96; Leonardo Greco. O processo de execução. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2, p. 19-21; Márcio Manoel Maidame. Impenhorabilidade e direito do credor. Curitiba: Juruá, 2008, 246-259; Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo. Penhora... cit., p. 91-101.
14. Nesse sentido, TJSP, 31. C.D.Priv., AI 1.183.808-0/8, rel. Des. Adilson de Araújo, j. 24.06.2008; TJRS, 10. C.Civ., AI 70021928163, rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 29.05.2008, DJ 31.07.2008; TJGO, 3. C.Civ., AI 62054-0/180, rel. Des. Felipe Batista Cordeiro, j. 27.05.2008, DJ 09.07.2008.
15. Vicente Greco Filho. Direito processual civil brasileiro. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 78.
16. Igualmente reconhecendo a impenhorabilidade de bens pertencentes às firmas individuais e às pequenas e microempresas, Araken de Assis. Manual da execução. 11. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 231-232; e Humberto Theodoro Júnior. A reforma da execução do título extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 50.
17. STJ, 1. T., REsp 953.977/DF, Rel. Min. José Delgado, j. 23.10.2007, DJ 19.11.2007, p. 208.
18. Da mesma forma, Luiz Fux. A reforma do processo... cit., p. 252.

grandes capitais brasileiras, cuja alarmante violência revela que os militares estão expostos a constante risco de morte, caso em que deverá ser reconhecida a *impenhorabilidade* do equipamento.

## 7. Seguro de vida

O inciso VI do art. 649 do CPC consagra a impenhorabilidade do seguro de vida, garantidor de um fundo alimentar em favor do terceiro-beneficiário.

Antes do falecimento do instituidor, são duas as condições: (i) o prêmio (valor que o segurado paga para, futuramente, reverter em favor do beneficiário) não pode ser penhorado em execução movida contra o segurado<sup>19</sup>, (ii) nem pode ser objeto de penhora o valor segurado que será recebido pelo beneficiário, quando este for o executado, por se tratar de mera expectativa de direito<sup>20</sup>.

Após o recebimento, pelo beneficiário, do valor do seguro, permanece vedada sua penhora quando requerida pelo exequente do beneficiário-executado, sem anuência deste. Por outro lado, nada impede que o beneficiário ofereça esse valor como garantia em execução.

## 8. Materiais necessários para obra em andamento

O inciso VII do art. 649 do CPC contempla a impenhorabilidade dos *materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas*. São impenhoráveis, assim, os materiais que possuem a qualidade de móveis (destinados à construção e ainda não utilizados, ou provenientes da demolição de prédio: art. 84 do CC). De modo diverso, caso a própria obra seja objeto de penhora, os materiais serão plenamente penhoráveis.

## 9. Pequena propriedade rural trabalhada pela família

O inciso VIII do art. 649 do CPC garante a impenhorabilidade da *pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família*. Não é necessário que a pequena propriedade rural (definida no inciso I do §2º do art. 1º da Medida Provisória n. 2.166-67/2001) seja o *único* imóvel da família, sendo bastante que nele a família *trabalhe* visando à própria *subsistência*. Caso as dimensões do imóvel ultrapassem aquelas definidas em lei, a impenhorabilidade será restrita ao tamanho da área regionalmente definida como pequena propriedade rural<sup>21</sup>.

A *impenhorabilidade* da pequena propriedade rural é, como regra, *irrenunciável*, sendo inválida a entrega do

imóvel como garantia para aquisição de outros bens (v.g., para compra de insumos). Por outro lado, caso se o crédito inadimplido tenha sido concedido para a aquisição da *própria* pequena propriedade rural (e.g., financiamento agropecuário), será possível a penhora desse imóvel (§1º do art. 649 do CPC).

## 10. Recursos públicos recebidos por instituições privadas

O inciso IX do art. 649 do CPC garante a impenhorabilidade dos *recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social*. A literalidade desse dispositivo poderia levar à equivocada conclusão de que as subvenções do Poder Público somente gozariam de proteção quando aplicadas pela instituição privada em uma das três áreas referidas (*educação, saúde ou assistência social*).

Na realidade, por ter natureza “pública”, todo recurso público é, em tese, *inalienável*, independentemente da área ou setor no qual seja aplicado. Principalmente enquanto mantida sua destinação social, o *recurso público* permanecerá, em regra, *impenhorável*, ainda que não seja aplicado, pela instituição privada, em uma das três áreas, mas sim em *quarta* diversa (e.g., meio ambiente). Impõe-se observar que a utilização da expressão “*em regra impenhorável*” se justifica pelo fato de os Tribunais admitirem a penhora de recursos públicos em casos excepcionais, para a garantia de direitos fundamentais conexos à dignidade da pessoa humana (v.g., *vida e saúde*)<sup>22</sup>.

## 11. Depósito em caderneta de poupança até o valor de 40 salários mínimos

O inciso X do art. 649 do CPC consagra a impenhorabilidade da quantia depositada em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos.

Para que não seja incentivado o inadimplemento, são importantes duas ressalvas: (i) somente será impenhorável a quantia que tenha sido depositada na caderneta antes do surgimento da obrigação inadimplida; e (ii) caso o executado possua mais de uma caderneta de poupança, a impenhorabilidade ficará limitada ao valor de 40 salários mínimos — se o executado tiver diversas contas em valores inferiores, será protegido o somatório até que sejam alcançados 40 salários; se tiver inúmeras contas-poupança em valores superiores, a impenhorabilidade somente será aplicável a uma das contas e apenas até o limite de 40 salários, sendo as demais plenamente penhoráveis<sup>23</sup>.

Parte da doutrina sustenta que os valores investidos sob a forma de qualquer aplicação financeira (v.g., fundos de ações, DI, renda fixa)<sup>24</sup> seriam impenhoráveis até o limite de

40 salários mínimos. Contudo, não se pode olvidar que o inciso X do art. 649 é norma que excepciona a regra geral da responsabilidade patrimonial (art. 591), razão pela qual deve ser interpretada restritivamente. Nesse sentido, é impenhorável apenas o investimento em caderneta de poupança, devido ao seu caráter social<sup>25</sup> (preservação do crédito habitacional).

## 12. Recursos públicos recebidos por partido político

O inciso XI do art. 649 do CPC, inserido pela Lei n. 11.694/2008, estabelece a impenhorabilidade dos recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político. Em que pese a natureza jurídica do partido político ser a de pessoa jurídica de direito privado (art. 1º da Lei n. 9.096/95), nos comentários ao inciso IX já foi analisado que o recurso público, por ter natureza “pública”, será, em regra, inalienável e impenhorável. Assim, possuindo o dinheiro do partido político a natureza de recurso público proveniente do fundo partidário, a princípio não será possível sua penhora, salvo se sua constrição revelar-se indispensável à garantia de um direito fundamental inafastável do exequente (v.g., para garantir a vida ou a saúde, ou em sede de execução de verba de caráter alimentar), em caso de ponderação judicial de valores no caso concreto.

## 13. Frutos e rendimentos de bem inalienável

O art. 650 do CPC refere-se aos *frutos e rendimentos de bens inalienáveis* e, ao contrário do entendimento majoritário, não prevê apenas sua impenhorabilidade relativa, mas contempla cinco situações distintas: (i) se houver outros bens do executado para incidência de penhora, os frutos e rendimentos de bens inalienáveis serão *absolutamente* impenhoráveis; (ii) caso inexistam bens livres, eles poderão ser penhorados, sendo esta a hipótese de *impenhorabilidade relativa*; (iii) se sua penhora for requerida em sede de *execução de alimentos*, os frutos e rendimentos terão *penhorabilidade plena*, independentemente da existência ou não de outros bens; (iv) caso tenham sido *previamente* destinados à satisfação de uma *prestação alimentícia*, os frutos e rendimentos não poderão ser constrictos por parte de terceiros, gozando de *impenhorabilidade absoluta*; e (v) se os mesmos tiverem sido gravados com *cláusula de impenhorabilidade*, gozarão de *impenhorabilidade absoluta*.

## 14. Conclusão

O magistrado, quando procede à diferenciação entre os bens *penhoráveis* e os *impenhoráveis*, inevitavelmente realiza uma *ponderação de valores* no caso concreto, razão pela qual deve avaliar cada hipótese de penhora com extrema prudência,

aprofundando o exame dos elementos e das nuances da situação *sub judice*.

Levando-se em conta o atual estágio de desenvolvimento da sociedade e do Direito brasileiros, é imperioso concluir pela necessidade de superação da clássica e rígida distinção entre as hipóteses de impenhorabilidade, segundo a qual o art. 649 versaria sobre a impenhorabilidade *absoluta*, insusceptível de mitigação no caso concreto, e o art. 650 consagraria a impenhorabilidade *relativa*, contornável por natureza.

A interpretação que mais se revela de acordo com o modelo constitucional do direito processual civil é a que, evidentemente com as necessárias cautelas, considera todas as hipóteses de impenhorabilidade (arts. 649 e 650 do CPC) como sendo meramente *relativas*. Em princípio, os bens elencados nesses dispositivos não podem ser objeto de penhora, salvo se, no caso concreto, a mesma revelar-se indispensável à proteção de outro bem ou valor que desfrute de maior hierarquia axiológica.

Somente assim é que se pode garantir a *harmonia* entre os princípios consagrados no inciso III do art. 1º e no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (*dignidade da pessoa humana e efetividade do processo*) e nos arts. 612 e 620 do Código de Processo Civil (*menor onerosidade da execução e prioridade do interesse do credor*), essencial para a *efetividade* da tutela jurisdicional.

19. Moacyr Amaral Santos. Primeiras linhas de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 3, p. 294.

20. Amílcar de Castro. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: RT, 1974. v. 7, p. 203-204.

21. STJ, 2. T., REsp 230.363/PB, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 12.04.2005, DJ 05.09.2005 p. 333.

22. STJ, 1. T., AgRg no REsp 936.011/RS, rel. Min. Denise Arruda, j. 17.04.2008, DJ 12.05.2008, p. 01.

23. Dessa forma, Araken de Assis. Manual... cit., p. 225.

24. Marcelo Abelha. Manual de execução civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 101.

25. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara. Lições... cit., p. 319; Cássio Scarpinella Bueno. A nova etapa da reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3, p. 105; Bruno Garcia Redondo e Mário Vitor Suarez Lojo. Penhora... cit., p. 117.

# O Cadastro Técnico Federal como Instrumento de Gestão Ambiental da Superintendência do IBAMA em Pernambuco

Por Paulo Henrique Limeira Gordiano

Advogado

Nas palavras de Gandhi,  
*“A Terra é suficiente para todos, mas não para a voracidade dos consumistas”.*  
 (Boff apud Milaré, 2001, p.49.)

É bastante oportuno tratar de um instrumento legal criado pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, constante em seu artigo 17, incisos I e II (que foram acrescentados pela Lei n.º 7.804 de 18 de julho de 1989), onde instituiu o Cadastro Técnico Federal e atribuiu ao IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, a competência para administrá-lo.

Reza o citado dispositivo legal:

Art. 17 - Fica instituído, sob a administração do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA;

I - Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental, para registro obrigatório de pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem à consultoria técnica sobre problemas ecológicos e ambientais e à indústria e comércio de equipamentos, aparelhos e instrumentos destinados ao controle de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

II - Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, para registro obrigatório de pessoas físicas ou jurídicas que se dediquem à atividades potencialmente poluidoras e/ou à ex-

tração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e flora.

O Decreto 9.9274 regulamentou a lei n.º 6.938/81, em seu artigo 24, in verbis:

Art. 24 - O Ibama submeterá à aprovação do Conama as normas necessárias à implantação do Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental.

O inciso “I” do artigo 17 trata do registro daqueles que se destinam a prestar consultorias, a comercializar e/ou fabricar equipamentos e instrumentos que tenham a finalidade de controlar as atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. Esse registro obrigatório alcança tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas. Ficam obrigadas a realizar o registro perante o IBAMA, aqueles que realizam as atividades acima descritas.

Salienta-se que o referido inciso estabelece a obrigatoriedade do registro de todas as Atividades e Instrumentos que tem com fim a Defesa Ambiental. Nesse grupo enquadram-se aqueles que têm o compromisso de promover a fiscalização e o controle dos meios necessários ao desenvolvimento sustentável do Meio ambiente ou fornecer os instrumentos cabíveis.

No inciso II do artigo 17, da Lei n.º 6.938/81, estabelece que será obrigatório o registro dos que exercem atividades poluidoras e dos que utilizam-se dos Recursos Ambientais. Alcança tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas. Enquadra-se nesse dispositivo legal aqueles que promovem a extração, transporte e comercialização de produtos poten-

cialmente perigosos ao Meio ambiente. Também aqueles que extraem, transportam ou comercializam os produtos e subprodutos da Fauna e da Flora.

Está bastante claro que a finalidade da letra da lei é promover a criação de um banco de dados onde será possível identificar tanto as atividades e os sujeitos que atuam produzindo tecnologias, equipamentos, prestando consultorias com a finalidade de promover uma fiscalização e um desenvolvimento equilibrado sem causar danos excessivos ao Meio Ambiente, quanto às atividades e os sujeitos que utilizam os recursos ambientais e exercem atividades nocivas ao Meio Ambiente.

Esse banco de dados atua como um holofote, iluminando aqueles que atualmente exercem suas atividades na cegueira do órgão. Este tem o dever de promover a fiscalização e o controle dos Recursos Naturais. Sem esse banco de informações, o IBAMA não tem conhecimento de quem promove a degradação ou utiliza-se dos recursos Naturais nem toma ciência das atividades que são empreendidas, e que deveria ser registradas como determina a letra legal.

Um olhar mais detalhado sobre a forma como o Cadastro de Defesa Ambiental vem sendo utilizado pelos órgãos competente é de demasiada importância, seja pelo aspecto de se buscar informar aos que não tem pleno conhecimento deste instrumento ou de instigar um maior debate a esse respeito.

Esse instrumento jurídico criado pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente é uma importante ferramenta a serviço do Ibama no desenvolvimento das atividades de fiscalização e controle dos empreendimentos potencialmente poluidores, sejam, esses empreendimentos desempenhados por empresas privadas ou públicas.

Paulo Affonso Leme Machado, ilustre doutrinador, leciona sobre a expressão “meio ambiente”:

O termo “ambiente” tem origem **latina** – *ambiens*, entis: que rodeia. Entre seus significados encontramos “meio em que vivemos”. A expressão “ambiente” é encontrada em **Italiano** – “ambiente che va intorno, che circonda”, em **Francês** – “ambiant: qui entoure” ou “environnement: ce qui entoure; ensemble des éléments naturels et artificiels où se déroule la vie humaine”. Em **Inglês** – “environment: something that surrounds; the combination of external or extrinsic physical conditions that affect and influence the growth and development of organisms.” (MACHADO, 2005, p. 146)

Na Rio 92, segundo informa Milaré, houve o alerta de Strong:

... do ponto de vista ambiental o Planeta chegou quase ao ponto de não retorno. Se fosse uma empresa, estaria à beira da falência, pois dilapida seu capital, que são os recursos naturais, como se eles fossem eternos. O poder de autopurificação do meio ambiente está chegando ao limite. (Milaré, 2001, p.90)

Repousa na doutrina o conceito de direito ambiental, nas palavras do professor Édis Milaré, como sendo o “complexo de princípios e normas coercitivas reguladoras das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações”. (MILARÉ, 2001, p. 109)

Cabe atentar para a classificação dos direitos, que são divididos em direitos de primeira, segunda e terceira geração. A primeira geração relata os direitos e garantias individuais e políticos ou liberdades clássicas, p. ex. direito à vida, à liberdade e à igualdade. Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais. Aqui encontramos às garantias relacionadas ao trabalho, ao seguro social, o amparo a doença etc. Já os direitos de terceira geração são os difusos, onde se enquadra o direito ao meio ambiente saudável que deve ser assegurado as presentes e futuras gerações.

Os princípios são os fundamentos, os alicerces, para qualquer ciência. O Direito, aqui entendido como ciência humana e social, e do Direito ambiental como uma de suas ramificações, sustenta-se em princípios constitutivos. Princípio, ou *primum capere*, significa aquilo que vem primeiro.

Tendo em vista que a vida uma vez extinta não pode ser recuperada em sua forma original, uma conduta bastante simples se torna uma importante arma a favor da preservação do meio ambiente, que é o simples fato de que se uma conduta se mostra nociva aos bens naturais e não se sabe se aquele dano poderá ser reparado ou não, então na dúvida não faça, não empreenda tal conduta. Nesta concepção simples se baseia o princípio chave do direito ambiental que é o princípio da precaução ou prevenção. Pois um ecossistema uma vez danificado, destruído ou modificado, em virtude da biodiversidade, muitas vezes não conhecida em sua totalidade, não retornará, mesmo após um processo de recuperação, ao seu estado quo ante. Ele poderá ser regenerado, mas o seu estado original será comprometido. Não se defende que a natureza seja preservada em sua forma intocada, mas que se promova a sua utilização de forma sustentável, causando o menor impacto possível ao meio natural.

O caput do artigo 225 da Lex Mater determinou que todos têm direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, portanto é direito fundamental da pessoa humana poder desfrutar um ambiente adequado as condições necessárias à sua saúde e a seu bem estar. Este direito fundamental vem a ser uma extensão do direito à vida, também essencial à pessoa humana.

O princípio do poluidor-pagador (polluter pays principle) ou princípio da responsabilidade, assevera que o poluidor deve responder pelos danos causados ao meio ambiente decorrentes de suas atividades poluentes. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n.º 6.938 de 1981, em seu artigo 4º, inciso VII, imputou ao poluidor e ao predador a obrigação de reparar e/ou indenizar os danos causados. O princípio da precaução, como ensina Édís Milaré, “foi incluído na legislação ambiental brasileira através da Conferência sobre as Mudanças do Clima, acordada pelo Brasil no âmbito das Organizações das Nações Unidas por ocasião da ECO 92, e alcançando sua ratificação pelo Congresso Nacional, via Decreto Legislativo 1, de 3 de fevereiro de 1994”. (MILARÉ, 2001, p. 119)

Tenta-se atingir uma harmonia entre o desenvolvimento da sociedade e a preservação do da natureza. O conceito desenvolvimento sustentável foi adotado pela legislação pátria com a Declaração do Rio de Janeiro de 1992, ECO 92, em seu princípio 8. A comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento definiu desenvolvimento sustentável como **“aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades.”** (MILARÉ, 2001, p.122)

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n.º 6.938 de 31 de agosto de 1981, tem como finalidade estabelecer os caminhos para assegurar a proteção do meio ambiente saudável, fixando os princípios, os objetivos e os instrumentos necessários para o desenvolvimento desta tutela ambiental

O SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente, foi instituído pelo artigo 6º da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n.º 6.938/81, tendo como finalidade a aplicação eficaz da referida lei, através de agências governamentais. Leciona Paulo de Bessa Antunes que este sistema é claramente influenciado pelo National Environmental Policy Act norte-americano. (ANTUNES, 2001, p. 66)

O SISNAMA tem origem no SEMA – Secretaria Especial do Meio Ambiente, que foi instituído pelo Decreto n.º 79.030/73, após o governo brasileiro ser bombardeado por críticas da Comunidade Internacional na Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. O motivo de tais críticas se deu devido ao posicionamento do governo brasileiro daquela época, em relação ao seu descaso com a proteção ao meio ambiente, este ficando em segundo plano em detrimento do desenvolvimento econômico, que estava em primeiro lugar.

O Sistema Nacional do Meio Ambiente é estruturado da seguinte forma: órgão superior - Conselho de Governo; órgão consultivo e deliberativo – Conselho Nacional do Meio Ambiente; órgão central – Ministério do Meio Ambiente; órgão executor – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; órgãos setoriais – órgãos da administração federal, direta, indireta e fundacional voltadas para a proteção ambiental ou disciplinamento de atividades utilizadoras recursos ambientais; órgãos seccionais – órgãos ou entidades estaduais responsáveis por programas ambientais ou pela fiscalização de atividades utilizadoras de recursos ambientais; órgãos locais – as entidades municipais responsáveis por programas ambientais ou responsáveis pela fiscalização de atividades utilizadoras de recursos ambientais. (ANTUNES, 2001, p. 71)

O IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, entidade autárquica de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público interno, foi criado pela lei n.º 7.735 de 22 de fevereiro de 1989, a partir da extinção dos antigos órgãos encarregados dos problemas ambientais brasileiros. Para a criação do IBAMA foram extintas a Secretaria Especial do Meio Ambiente – SEMA, e a Superintendência do Desenvolvimento da Pesca – SUDEPE. Sobre o instituto Brasileiro do Meio ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, este foi criado sob a forma de autarquia federal de regime especial, dotada de personalidade jurídica de direito público com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de assessorá-la na formação e coordenação, bem como executar e fazer executar a política nacional do meio ambiente e da preservação, conservação e uso racional, fiscalização, controle e fomento dos recursos naturais. (ANTUNES, 2001, p. 76/77)

Cabe colacionar a letra do Regimento Interno do IBAMA, Portaria 230 de 14 de maio de 2002, que dispõe sobre sua instituição em seu artigo 1º e atribui o dever de administrar o Cadastro Técnico Federal, objeto de estudo do presente trabalho, em seu artigo 2º, inciso IV. Segue a letra do dispositivo legal em questão:

Art. 1º Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-IBAMA, entidade autárquica de regime especial, com autonomia administrativa e financeira, dotada de personalidade jurídica de direito público, com sede em Brasília, criada pela Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, tem como finalidades:

Art. 2º No cumprimento de suas finalidades e, ressalvadas as competências das demais entidades que integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, cabe ao IBAMA, de acordo com as diretrizes fixadas pelo Ministério do

Meio Ambiente, desenvolver as seguintes ações federais:

VI - implementação dos Cadastros Técnicos Federais de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental e de Atividades Potencialmente Poluidoras e/ou Utilizadoras dos Recursos Ambientais;

Este é o órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente. Cabe-lhe promover autuações quando constatadas infrações administrativas ambientais decorrentes de práticas ilícitas nocivas ao meio ambiente, onde tais condutas estão tipificadas na lei n.º 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais. A competência do IBAMA limita-se as sanções administrativas de acordo com o artigo 70 da Lei de Crimes Ambientais. Constatado que a conduta danosa ao meio ambiente empreendida pelo autuado configura-se como crime, o Ministério Público é oficiado pela Procuradoria Federal Especializada junto ao IBAMA, para promova as medidas cabíveis, seja mediante ação civil pública ou ação penal.

Sempre que uma autuação é promovida, pelo setor de fiscalização desta autarquia federal, é encaminhado à Procuradoria Federal especializada junto ao IBAMA, o processo administrativo originado desta autuação, que deverá emitir parecer no qual constará o posicionamento e a medida a ser tomada. Tal parecer, em seguida, é encaminhado ao Gerente Executivo da Gerência Executiva do IBAMA para homologação do referido auto de infração, devendo adotar o posicionamento exarado por aquela Procuradoria Federal.

A competência legislativa determinada pela Constituição Federal de 1988 se apresenta em três formas: privativa, concorrente e supletiva. À União federal cabe a competência privativa nos termos do artigo 22 da citada Carta Magna, onde só esta poderá legislar as matérias mencionadas neste dispositivo legal, p. ex., é competência privativa da União legislar sobre águas. De acordo com o artigo 22 da Carta Maior, as matérias específicas cobertas pelo manto da competência privativa poderão ser legisladas pelos Estados através de autorização concedida por lei complementar.

Surgiu com o “Contrato Social” a capacidade que o Estado tem de utilizar a força, de coagir o cidadão a cumprir as determinações a ele imposta, constantes nos ordenamentos normativos, em busca de uma harmonia, equilíbrio e paz social. Prevalece, assim, o interesse público ou interesse da sociedade organizada, sobre o interesse particular. No entanto, o Estado não poderá exercer esse poder de coação legalizada de forma arbitrária, sob pena de configurar abuso de poder, uma vez que no Estado Democrático de Direito prevalece a vontade da sociedade e não a vontade do Príncipe, como em outrora, nos castelos do Estado Absolutista.

Depreendemos a origem e o conceito de poder de po-

lícia nas palavras do ilustríssimo professor PAULO DE BESSA ANTUNES, vide:

A referência ao poder de polícia tal qual tem sido compreendido modernamente apareceu, primeiramente, na Suprema corte Norte-americana, no caso Brown Vs. Maryland, tendo posteriormente se desenvolvido em vários julgados daquele prestigioso Tribunal.

O poder de polícia, pelo que se pode concluir, é uma atividade estatal e indelegável a particulares. Constitui-se em uma atuação estatal, preventiva ou repressiva, visando a coibir ou evitar aquilo que foi denominado por Marcelo Caetano como ‘danos sociais’.

(...)

... vejamos a definição de poder de polícia que contemporaneamente adotada pelo direito norte-americano:

‘Police power is the exercise of the sovereign right of a government to promote order, safety, health, morals and general welfare within constitutional limits and is an essential attribute of government. (O poder de polícia é o exercício do direito soberano de um governo promover ordem, segurança, saúde, moral e o bem estar geral dentro dos limites constitucionais e é um atributo essencial do governo.)

(ANTUNES, 2001, p. 95/97)

Encontramos o conceito de poder de polícia positivo do artigo 78 do Código Tributário Nacional, in verbis:

Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática do ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, do exercício da atividade econômica dependente de concessão do poder público ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

O poder de polícia administrativa atua de forma preventiva, promovendo a manutenção da segurança e proteção dos bens públicos. O meio ambiente foi denominado no artigo 225 da Lex Mater como bem de uso comum do povo, portanto, como bem público, devendo ser objeto de fiscalização preventiva da polícia administrativa.

Aqui, deita-se o princípio da auto-executoriedade dos atos exercidos no uso poder de polícia administrativa, onde não há necessidade do poder executivo em requerer autorização ao poder judiciário para exercê-lo. Podemos citar

como exemplo de uso do police power a atuação do Setor de Fiscalização do Instituto Brasileiro de Meio ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. Esta autarquia federal tem o dever de preservar e fiscalizar o patrimônio natural brasileiro valendo-se de suas competências para exercer o poder de polícia administrativa, promovendo autuações, apreensão de bens e interdições e embargos de áreas objeto de infrações administrativas.

Aqui encontramos apenas uma das espécies de atos de poder de polícia que é o ato de poder de polícia administrativa ambiental. Este ato, essencialmente, deverá ser exercido por autoridade competente, observando a sua legalidade e devendo ser empreendido desforços estritamente proporcionais a cada situação enfrentada.

Impossível pensar no exercício do Direito Constitucional da ampla defesa sem o devido subsídio para fundamentar um determinado pleito. Ao pretendente, resta obter as informações necessárias a sua ampla defesa nos órgãos privados, no meio comum e também através do órgão estatais, que de acordo com a Carta Magna, devem prestar tal serviço quando solicitado por qualquer cidadão legítimo a obter tal informação e que não seja atente contra a segurança pública.

Como regra estabelecida na Carta Constitucional da República Federativa do Brasil de 1988, fundamentada em seu artigo 5º, inciso XXXIII, afere-se o seguinte:

(...) todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

A Declaração do Rio de Janeiro de 1992, em seu Princípio n.º 10, preconiza o que “no nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades.” (MACHADO, 2005, p. 84)

Seja para defender a comunidade dos efeitos nocivos de uma atividade poluidora, seja para desenvolver uma educação ambiental eficiente ou para buscar subsídio em razão de pleito judicial, o acesso a informação é um direito fundamental e um dever imprescindível a ser desenvolvido pelo Estado.

O Cadastro Técnico Federal foi instituído pela lei n.º 6.938/81, Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 17, incisos I e II. Posteriormente a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) foi alterada pela Lei n.º 7.804 de 18 de julho de 1989 e pela Lei n.º 10.165 de 27 de dezembro

de 2000. Segundo a disposição legal contida no artigo 17 da Lei n.º 6.938/81, é obrigatório o registro das pessoas físicas e jurídicas que se dedicam as atividades potencialmente poluidoras ou a extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como os produtos e subprodutos da fauna e da flora.

Foi exarada pela Presidência do Instituto Brasileiro do Meio ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, a Instrução Normativa n.º 96 de 30 de março de 2006, onde dispõe sobre os procedimentos para efetuar o cadastro do Cadastro Técnico Federal, via internet, através do site do IBAMA. Na presente Instrução Normativa, em seus anexos I, II e III, encontramos a lista das pessoas físicas e jurídicas obrigadas a efetuar o cadastro em tela. O artigo 3º da presente instrução normativa determina que o cadastramento será efetuado via internet, através do site do IBAMA. Já no artigo 11 e incisos da Instrução Normativa n.º 96, relaciona as pessoas que estão dispensadas de promoverem a inscrição no cadastro técnico Federal.

De acordo com a Instrução Normativa n.º 37 de 29 de junho de 2004, exarada pela Presidência do IBAMA, que regula a aplicação do Decreto n.º 99.280 de 06 de junho de 1990, que promulgou tanto a Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio quanto o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que destroem a Camada de Ozônio – SDO, determina em seu artigo 2º que as pessoas físicas ou jurídicas que se enquadram como produtores, importadores, exportadores, comerciantes ou usuários das substâncias reguladas pelos dispositivos de lei citados devem estar registrados no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras. Segue a letra do artigo 2º da Instrução Normativa 37/2004 do IBAMA:

Art. 2º Todo produtor, importador, exportador, comercializador e usuário de quaisquer das substâncias, controladas ou alternativas pelo Protocolo de Montreal, bem como os centros de coleta e armazenamento e centros de regeneração ou reciclagem, pessoas físicas ou jurídicas, devem estar registrados no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras, gerenciado pelo IBAMA.

O Cadastro Técnico Federal, de Atividades e Instrumento de Defesa Ambiental ou de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, é um instrumento criado por lei, que obriga o cadastramento das pessoas físicas e jurídicas que se enquadram nos incisos I e II do artigo 17 da Lei de Política Nacional do Meio ambiente, Lei n.º 6.938/81.

De acordo com o Manual do Cadastro Técnico Federal, acessado no site o IBAMA, o presente cadastro tem como ob-

jetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. (IBAMA, 2006)

Com fito nas determinações ora colacionadas, fica bastante claro que o instrumento em tela se apresenta como uma ferramenta de gestão à autoridade competente em promover a fiscalização e proteção dos bens ambientais nacionais. Busca promover o monitoramento, o controle e identificação das atividades enquadradas como potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos naturais e das pessoas e instrumentos deitadas na defesa ambiental, seja através de consultorias especializadas ou fornecedoras de materiais e equipamentos que desenvolvam ou auxiliem a defesa dos recursos naturais. Essa é a finalidade do cadastro em tela, como fundamenta o Manual do Cadastro Técnico Federal. (IBAMA, 2006)

Buscando promover o desenvolvimento e a manutenção da qualidade ambiental saudável e propícia a vida, esse fim só poderá ser alcançado se a promoção da fiscalização e preservação dos bens ambientais essenciais sustentabilidade do ecossistema for eficiente. Portanto, o instrumento em tela se apresenta como uma arma em prol da luta em busca da preservação do meio ambiente. Se as atividades nocivas ao ambiente natural e as pessoas, jurídica ou física, responsáveis por tais atividades são devidamente registradas a fiscalização dessas atividades se torna possível, assim como a punição destas pessoas em caso de dano ambiental, pois constatada a infração ambiental-administrativa o responsável pela atividade causadora do dano ambiental deverá tanto suportar a sanção administrativa - ambiental decorrente da infração promovida quanto prover a reparação ambiental da área impactada.

Não resta dúvida que o Cadastro Técnico Federal é de suma importância para o desenvolvimento de uma gestão eficiente que tem como atribuição a fiscalização e a preservação dos recursos essenciais a vida. Esse instrumento legal, criado pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente é importantíssimo para que órgão competente, no caso o IBAMA, desempenhe esse papel de altíssima relevância sócio-ambiental onde os efeitos do desempenho dessa atribuição, repercutirá diretamente na vida das gerações presentes e futuras, pois se a gestão do IBAMA atuar precariamente, permitindo que os bens ambientais sejam dilapidados, danificados e até mesmo extintos, os prejuízos serão incalculáveis.

Essa não é uma visão apocalíptica, mas um fato diariamente constatado. As vezes um discurso inflamado em defesa do meio ambiente pode aparentemente se apresentar como catastrófico e distante da realidade, mas

os efeitos das devastações e do desequilíbrio ambiental está bem diante de nós, seja nas inundações, desertificações, secas prolongadas, alterações climáticas etc.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n.º 6.938/81, posteriormente alterada pela Lei n.º 7804 de 18 de julho de 1989, em seu artigo 17, além de instituir o Cadastro Técnico Federal, em seus incisos I e II, atribuiu, no caput do citado artigo, ao IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, que Autarquia Federal, pessoa jurídica de direito público, o dever de administrar o presente Cadastro Técnico Federal.

O Cadastro Técnico Federal está localizado da Diretoria de Licenciamento e Qualidade Ambiental que integra a Coordenação Geral de Qualidade Ambiental do IBAMA. (IBAMA, 2006)

Já foi dito que todas as pessoas, física ou jurídica, que desempenham atividades potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais, aquelas que desempenham atividades com substâncias que destroem a Camada de Ozônio, sujeitas ao controle do Protocolo de Montreal e as pessoas ligadas aos Instrumentos de Defesa Ambiental são obrigadas a promoverem os seus registros no Cadastro Técnico Federal. Cabe sublinhar que, apesar de serem atividades distintas o registro a ser promovido por estas pessoas aqui relacionadas é único.

As informações concernentes aos procedimentos administrativos de registro no Cadastro Técnico Federal foram acessadas no endereço eletrônico do IBAMA. O presente registro, como já mencionado outrora, só poderá ser promovido via internet, através da citada página virtual do IBAMA.

Segundo as determinações constantes no site do IBAMA, o registro só será válido após emissão do Certificado de Registro e enquanto ele estiver válido. O seu termo ad quem será sempre 31 de março do ano corrente. Caso a pessoa jurídica ou física obrigada a promover o presente registro que não atenda as determinações quanto a validade e eficácia do registro no Cadastro Técnico Federal estará sujeita as sanções administrativas -ambientais que serão abordadas posteriormente. A lista das atividades que exigem a promoção de seu registro pode ser acessa no site em tela.

O procedimento de registro no Cadastro Técnico Federal possui duas formas diferenciadas, a primeira para as pessoas físicas e a segunda para as pessoas jurídicas. A primeira deverá obedecer aos seguintes passos:

O primeiro passo é entrar no sistema do presente cadastro e preencher os dados básicos como, por exemplo, inserir o número do Cadastro das Pessoas Físicas – CPF, depois, o

número do Registro Geral - RG, endereço, após informar tais dados o sistema irá gerar uma senha para utilizar o presente sistema de cadastramento. O segundo é registrar a categoria e descrição da atividade exercida. O interessado deverá acessar a lista das atividades, tanto as potencialmente poluidoras ou utilizadoras de recursos ambientais quanto as utilizadoras de substâncias reguladas pelo Protocolo de Montreal, ambas enquadradas como obrigatórias de promoverem o seu devido registro e indicar qual dessas atividades refletem o seu empreendimento. Existe um Link de acesso às listas das atividades mencionadas.

Após selecionar a atividade, o usuário deverá informar a data do início da atividade em questão. Cabe ainda promover certas ações nesta fase do cadastro, como alterar a data de início da atividade, encerrar a atividade, ativar a atividade, adequar à vistoria e encerrar a atividade. Toda atividade cadastrada estará sujeita à vistoria pelos agentes da Fiscalização do IBAMA. Portanto, as informações declaradas serão averiguadas, e o usuário que promover a inserção de informação equivocada no sistema terá o prazo de 48 horas para corrigi-la, sob pena de sofrer sanção administrativa. Caso o prazo para remoção da atividade cadastrada equivocadamente tenha expirado o usuário deverá procurar um das unidades do IBAMA e solicitar a remoção de tal informação inserida no sistema e apresentar no Cadastro Técnico Federal, localizado na Coordenação de Qualidade Ambiental documentação que comprove o não exercício da atividade em questão.

A fase seguinte é o preenchimento e a entrega dos Relatórios de Atividade. Os Relatórios de Atividade deverão ser entregues anualmente, no período de janeiro a março do ano corrente. Essa determinação se aplica a todas as atividades que estão obrigadas a serem registradas. A forma do relatório não é única, ela atenderá as especificações e peculiaridade de cada atividade a ser cadastrada. Apenas como ilustração pode-se citar as atividades de Transporte de Produtos Químicos Perigosos ou Combustíveis, Pescador Profissional ou Importador de Pneumáticos, cada um com seu relatório específico.

A entrega do Relatório de Atividade será feita via internet, através do Link específico. Após a entrega o sistema informará a data da entrega e a sua respectiva confirmação. Estas informações deverão ser guardadas pelo usuário. Existem quatro gêneros de Relatório, e dentro deles diversas especificações que variam de acordo com a atividade. Os gêneros são: Relatório Anula de atividade (Lei nº 10.165/2000); Relatório de Atividades com Substâncias Sujetas ao Controle pelo Protocolo de Montreal; Importação, Produção e Comercialização de Mercúrio Metálico; Relatório de Destinação de Óleo (Resolução CONAMA nº 362/2005 – Refino de Óleo). Após a entrega dos relatórios será emitido o Certificado de Registro Anual.

A última fase é a emissão do Certificado de Registro para pessoa física. O cadastro será concluído com a emissão do Certificado de Registro, que é único tanto para as Atividades Potencialmente Poluidoras e/ou Utilizadoras de Recursos Ambientais quanto para o Cadastro de Instrumento de Defesa Ambiental.

O registro no Cadastro Técnico Federal, para as pessoas jurídicas, obedecerá os mesmos procedimentos e fases constante no cadastro das pessoas físicas exceto quanto a necessidade de que seja promovido o Registro do Porte da pessoa jurídica a ser cadastrada. Aqui o usuário informará a data de início da atividade a ser cadastrada, e em seguida, o porte da empresa referente a todos os anos desde o início das atividades.

A conceituação do porte da empresa, de acordo com a Lei nº 10.165/2000, onde enquadra a empresa da seguinte forma: Entidade Associativa sem Fins Lucrativos - Entidade que se compromete a aplicar integralmente os recursos recebidos na realização de seus objetivos sociais e a não distribuir lucros, bonificações ou vantagens a dirigentes, mantenedores ou associados, sob nenhuma forma ou pretexto; Entidade Filantrópica - A Entidade devidamente certificada que tenha fins filantrópicos.; Entidade Pública - As entidades públicas federais, distritais, estaduais municipais; Microempresa - A pessoa jurídica que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$433.755,14.; Empresa de Pequeno Porte - A pessoa jurídica que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$433.755,14 e igual ou inferior a R\$2.133.222,00; Empresa de Médio Porte - A pessoa jurídica que tiver receita bruta anual superior a R\$2.133.222,00 e igual ou inferior a R\$12.000.000,00; Empresa de Grande Porte - A pessoa jurídica que tiver receita bruta anual superior a R\$12.000.000,00.

Cabe lembrar que, caso o enquadramento do porte da empresa seja efetuado equivocadamente, a sua correção só poderá ser efetuada antes da vistoria a ser realizada pelos agentes do setor de fiscalização do IBAMA. Caso a alteração do porte da empresa tenha como finalidade a alteração de débitos em razão deste enquadramento, tal alteração só terá eficácia após confirmação do setor de arrecadação do IBAMA.

Outra fase que diferencia o cadastramento de pessoa física e jurídica, que é a fase emissão do boleto de pagamento de TCFA – Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental, regulado pela Lei nº 10.165/2000, que deverá ser paga a cada trimestre. O valor da TCFA e determinado pelo grau poluidor da atividade e pelo porte da empresa empreendedora da atividade a ser cadastrada. Após o pagamento da TCFA, o usuário solicita a confirmação do pagamento da mesma, em um link específico. A confirmação de pagamento deverá ser feita anualmente, também no período de janeiro a março do corrente ano. Após a confirmação do pagamento, o usuário segue para a página

de emissão do Certificado de Registro, finalizando o procedimento administrativo de cadastro.

Oportuno mencionar a Instrução Normativa nº 10 de 17 de agosto de 2001, onde em seu artigo 3º, colaciona as pessoas físicas isentas do pagamento da TCFA. São aqueles desempenha atividade de artesanato, comércio de pescado, comércio de subproduto floresta, etc. A razão para que esses estejam isentos de tal pagamento encontra fundamento em razão da desnecessidade destas pessoas não serem obrigadas em promoverem seus registros no Cadastro Técnico Federal. Segue a letra da Instrução Normativa 10/2001:

Art. 3º Ficam dispensados de inscrição no Cadastro Técnico Federal:

- I - as pessoas que desenvolvam atividades artesanais de pedras semipreciosas, assim como na fabricação e reforma de móveis, artefatos de madeira, artigos de colchoaria, estofados, cestos ou outros objetos de palha, cipó, bambu e similares, e desta forma sejam consideradas autônomas ou microempresas, tais como: carpinteiros, marceneiros, artesãos e produtores de plantas ornamentais, aromáticas, medicinais de origem exótica, exceto as espécies listadas nos ANEXOS I e II da Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES, ANEXOS I e II, os consumidores de lenha para uso doméstico e o consumo de carvão vegetal por pessoas físicas que se dedicam ao comércio ambulante;
- II - o comércio de pescados;
- III - o comércio de materiais de construção que comercializa subprodutos florestais, até cem metros cúbicos / ano;
- IV - o comércio varejista que tenha como mercadorias óleos lubrificantes, gás GLP, palmito industrializado, carvão vegetal e xaxim, tais como, açougues, mercearias, frutarias, supermercados e demais estabelecimentos similares.

O monitoramento e controle dos dados inseridos no sistema estão sujeitos ao controle e fiscalização que serão desenvolvidos pela Diretoria de Licenciamento e Qualidade Ambiental que integra a Coordenação Geral de Qualidade Ambiental.

Sem dúvida um dos princípios ambientais fundamentais que regem o Cadastro Técnico Federal e que justificam a sua própria existência é o princípio da precaução ou prevenção, no qual busca prevenir, através de atos anteriores aos empreendimentos nocivos ao ambiente natural, os impactos e as degradações naturais promovidas pelos atos laborais dos agentes humanos.

O estudo de impacto ambiental, previsto no artigo 225, parágrafo 1º, IV, da CF, bem como a preocupação do legislador em controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e/ou do meio ambiente, manifestada no mesmo artigo, inciso V, são exemplos típicos deste direcionamento preventivo. (MILARÉ, 2001, p. 119)

As palavras do renomado doutrinador, acima exposta, corroboram com a existência da característica preventiva do instrumento ambiental objeto do presente estudo, uma vez que o controle e o monitoramento da utilização de recursos naturais ou o implemento de técnicas nocivas ao meio ambiente, são realizados através do registro prévio dessas atividades no Cadastro Técnico Federal, antes de serem efetivamente empreendidas.

Cabível o princípio do controle do poluidor pelo Poder Público, como fundamento das atividades empreendidas pelo Cadastro Técnico Federal, pois tal princípio atribui ao Estado, especificamente ao IBAMA, competência para fiscalizar e controlar a utilização dos recursos naturais. Um dos instrumentos ambientais utilizados no controle e na fiscalização dos agentes potencialmente, ou efetivamente, poluidores é o Cadastro Técnico Federal.

O princípio administrativo da publicidade, bastante aprofundado no item 4.5.3, alicerça o presente instrumento administrativo ambiental, objeto do presente trabalho, instituído pela lei de Política Nacional do Meio Ambiente, uma vez que as informações ambientais devem ser acessíveis, pois, com fito na formação de uma opinião informada e na implementação de uma educação ambiental sólida, além do desenvolvimento eficaz da proteção e fiscalização dos bens ambientais, é imprescindível o conhecimento das substâncias, das atividades e dos agentes poluidores para o exercício do dever constitucional atribuído ao órgão competente e aos administrados da preservação do ambiente natural.

Impossível dissociar o princípio da publicidade do princípio da transparência dos atos administrativos e políticos da Gestão Pública. Tendo em vista que a ética e a honestidade são atributos imprescindíveis daqueles que exercem cargos públicos, pois os atos da gestão da Administração Pública deverão ser amplamente divulgados e conhecidos pelos seus administrados, tendo em vista a formação de um opinião consciente da população e o desenvolvimento de um cultura onde a intervenção popular na gestão Pública sejam um dever a ser exercido sempre.

Não se pretende mais aceitar como legítima a democracia da ignorância, aquela na qual todos são iguais no desconhecimento do que se passa no exercício do Poder usurpado e silenciosamente desempenhado. (ROCHA apud PFEIFFER, 1998, p. 336)

O princípio da publicidade vem fundamentar uma reestruturação da organização do Estado Democrático de Direito. A participação popular no processo de desenvolvimento desta democracia participativa amplia a participação concreta dos administrados na gestão governamental, pois os atos do povo não mais restringem ao sufrágio, mas alcança níveis bem mais elevados da gestão estatal.

Os atos administrativos emanados pelo governo devem possuir o requisito formal de validade da publicidade. Sem esse requisito essencial o ato administrativo se torna passível de ser anulado. O artigo 37 da Carta Política da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece o princípio em tela. Além do dever de prestar informações dos atos praticados, a Administração Pública deve fornecer informações prévias àqueles que forem parte em processos administrativos, afim de que possam exercer o princípio basilar da ampla defesa. (PFEIFFER, 1998, p. 343)

Seguem os termos do artigo 37 da Carta Maior, no qual colaciona os princípios orientadores dos atos administrativos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte:  
(grifo nosso)

A letra do princípio 19 da Carta de Estocolmo (Declaração do Meio Ambiente), determina que é necessário o desenvolvimento de uma educação ambiental para que se promova e a formação de uma opinião pública bem informada. Seguindo essa mesma linha o princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro, realizada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento preconiza:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter **acesso adequado a informações** relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como oportunidades de participar em processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação política, **colocando a informação à disposição de todos...** (grifo nosso)  
(PFEIFFER, 1998, p. 344)

É de suma importância para o desenvolvimento e aplicação das políticas de preservação dos bens naturais o livre e irrestrito acesso às informações relativas a esses bens ambientais. A perfeita compreensão e análise da situação real das devastações e dos impactos ambientais, ambos decorrentes das atividades nocivas ao meio ambiente, promovidas, por exemplo, pelas empresas poluidoras e/ou utilizadoras de recursos naturais, bem como aquelas que empreendem atividades, direta ou indiretamente, danosas aos bens naturais devem ser devidamente registradas, e tais informações amplamente divulgadas. Apenas com o real conhecimento da situação a ser enfrentada pode proporcionar condições adequadas para que se alcance o objetivo almejado, seja reparação ou preservação do ambiente em questão.

O inciso XI do artigo 9º da Lei nº 6.938/81, obriga o Poder Público a prestar informações relativas ao Meio Ambiente, e, ainda, produzi-las quando inexistentes. Esse é o ensinamento do citado dispositivo legal que segue:

Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:  
XI - a garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes;

Corroborando com o artigo 9º da Lei nº 6.938/81, onde sublinha o princípio da publicidade como regente dos atos relacionados ao acesso das informações ambientais, colaciono o artigo 91 da Portaria 230 de 14 de maio de 2002, exarada pelo IBAMA, instrumento de lei que estabelece o seu Regimento Interno:

Art. 91. Aos Centros Especializados voltados para a informação e telemática compete a gestão e **disponibilização das informações ambientais**, a internalização de tecnologias ambientais e experiências de gestão ambiental, editoração e divulgação técnico-científica, e especialmente:  
III - monitorar a informação ambiental produzida pelo IBAMA e pelas redes de cooperação técnica, **otimizando a integração das bases de dados existentes**;  
IV - gerenciar e desenvolver as bases de informação ambiental e da biblioteca documental, **inclusive sua disponibilização por meio eletrônico**; (grifo nosso)

Logo, de acordo com os dispositivos legais acima colacionados, relações e os atos relativos ao acesso às informações concernentes ao Meio Ambiente fundamentam-se no princípio da publicidade, sendo, portanto, garantido a todos o acesso aos dados relativos ao patrimônio ambiental. Foi correto o presente posicionamento do legislador, pois não poderia

ser de outra forma. Seria um entrave se tal postura declinasse para o princípio da confidencialidade das informações relativas ao meio ambiente, tendo em vista que a dificuldade de obter tais informações apenas dificultaria, e tardaria a atuação dos agentes, estatais ou não, responsáveis pela preservação e recuperação do ambiente natural.

O ensinamento Constitucional não deve ser furtado em nenhum momento nem se apresenta excessivo. Com fito na regra estabelecida na Carta Constitucional da República Federativa do Brasil de 1988, fundamentada em seu artigo 5º, inciso XXXIII, afere-se que é direito de todos o acesso a informações sob o poder público e dever deste em proporcionar o acesso aos seus administrados:

(...) todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

Podemos, ainda, colacionar o posicionamento do CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente, que reveste o acesso às informações ambientais com o manto do princípio da publicidade, a respeito do acesso as informações sobre o RIMA – Relatório de Impacto Ambiental, que é um importante instrumento de formação de opinião, visto que, quando uma atividade potencialmente poluidora vem a ser empreendida, a empresa empreendedora deve informar, previamente, os possíveis danos ambientais decorrentes da atividade em questão. O artigo 11, caput, da Resolução nº 001 de 23 de janeiro de 1986, determina que:

Art. 11 - Respeitado o sigilo industrial, assim solicitando e demonstrando pelo interessado **o RIMA será acessível ao público**. Suas cópias permanecerão à disposição dos interessados, nos centros de documentação ou bibliotecas da SEMA e do órgão estadual de controle ambiental correspondente, inclusive o período de análise técnica. (grifo nosso)

Se o dano vier a se concretizar, nos termos do princípio da notificação, o infrator-autor da atividade degradante, seja particular ou agente público, deverá informar à comunidade e à autoridade competente sobre a degradação ambiental promovida, sob pena de agravar sua responsabilidade se não o fizer. (DIREITONET, 2006)

O conteúdo do Relatório de Impacto Ambiental poderá, ainda, ser contraditado em audiência pública, efetivando, assim, a participação popular na gestão ambiental. Cabe a ex-

posição do artigo 1º da Resolução nº 09 de 03 de dezembro de 1987:

Art. 1º - A Audiência Pública referida na RESOLUÇÃO CONAMA/Nº 001/86, tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo do presentes as críticas e sugestões a respeito.

Apenas a título de ilustração, o Ministério do Meio Ambiente, em sua página virtual, disponibiliza um acervo de informações ambientais através do CID – Centro de Informação e Documentação Ambiental Luis Eduardo Magalhães, que foi inaugurado em 07 de outubro de 1998, onde reúne e disponibiliza informações sobre Agenda 21, recursos hídricos, florestas, parques nacionais, Amazônia, informações sistematizadas em documentos produzidos pelo Ministério do Meio Ambiente e por suas entidades vinculadas, e de outras instituições, governamentais ou não, com atividades afins. (Ministério do Meio Ambiente - MMA, 2006)

Portanto, a regra será a aplicação do princípio da publicidade e nos casos previsto, aplicar-se-á o princípio da confidencialidade, como, por exemplo, nos casos de sigilo industrial.

No entanto, o sistema do Cadastro Técnico Federal apresenta-se falho no momento de fornecer as informações ambientais à população em geral. Por exemplo, se uma determinada comunidade pretender buscar informações sobre uma empresa qualquer no site do IBAMA, através do sistema do cadastro em tela, que desenvolva atividades nocivas ao ambiente natural naquela localidade, eles não terão êxito, uma vez que o sistema não disponibiliza uma opção própria para dar acesso a esse tipo de consulta. Constatou-se, com fito nesta hipótese, que o sistema não é eficiente quanto à disponibilização ou publicidade das informações ambientais constantes no seu banco de dados.

O registro no Cadastro Técnico Federal não é uma faculdade, mas uma obrigação decorrente do artigo 17 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, lei nº 6.938/81, para aquelas pessoas, física ou jurídica, que desempenham atividades específicas passíveis de fiscalização, controle e sanção, nos termos da lei. Segundo o artigo 1º, parágrafo 2º, da Instrução Normativa nº 10 de 17 de agosto de 2001, exarada pela Presidência do IBAMA, a pessoa, jurídica ou física, que não promover o devido registro no Cadastro Técnico Federal deverá suportar as sanções administrativas - ambientais previstas nos incisos I a V do artigo 17-I, da lei nº 6.938/81, que foi alterado pela redação da lei nº 10.165/2000. Segue o artigo 1º, e seu parágrafo 2º, da Instrução Normativa nº 10/2001, bem como os termos do artigo 17-I da lei 10.165/2000, que alterou a lei nº 6.938/81:

Art. 1º As pessoas físicas e jurídicas constantes dos Anexos I e II desta Instrução Normativa, que se dedicam à consultoria técnica relacionada a questões ambientais e à indústria e comércio de equipamentos, aparelhos e instrumentos destinados ao controle de atividade efetiva, ou potencialmente poluidoras e as que se dedicam à atividade potencialmente poluidoras e/ou extração, produção, transporte e comercialização de produtos potencialmente perigosos ao meio ambiente, assim como de produtos e subprodutos da fauna e flora, são obrigadas a inscrição no Cadastro Técnico Federal, instituídos pelo Art. 17, incisos I e II, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, quando será emitido o Certificado Provisório com validade até 31 de março de 2002.

.....omisso.....

§ 2º A falta de inscrição no Cadastro Técnico Federal, sujeita o infrator a multa prevista nos incisos I a V do Art. 17-I, da Lei nº 6.938, de 1981, alterada pela Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000.

Art. 17-I. As pessoas físicas e jurídicas que exerçam as atividades mencionadas nos incisos I e II do Art. 17 e que não estiverem inscritas nos respectivos cadastros até o último dia útil do terceiro mês que se seguir ao da publicação desta Lei incorrerão em infração punível com multa de:

De acordo a redação do artigo 17-I, da lei nº 10.165/2000, o valor da sanção pecuniária administrativa – ambiental irá variar entre R\$50,00 (cinquenta) reais e R\$9.000,00 (nove mil) reais, dependendo do porte da pessoa física ou jurídica infratora. A classificação do porte das empresas será fundamentada de acordo com a letra da lei contida no parágrafo 1º e incisos, do artigo 17-D da Lei nº 10.165/2000. No ensinamento do artigo em tela, p. ex., e apenas a título de ilustração, será de médio porte a pessoa jurídica que tiver receita bruta anual superior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil) reais e igual ou inferior a R\$ 12.000.000,00 (doze milhões) de reais. No anexo I e II da Instrução Normativa nº 10/2001 contém a relação das pessoas sujeitas aos dispostos contidos neste instrumento legal.

Cabe ressaltar que a prestação de informação falsa ou sua omissão, quando obrigatória, sujeitará o autor às penalidades previstas no artigo nº 16 da Instrução Normativa nº 96 de 30 de março de 2006. Segue a letra da citada instrução normativa:

Art. 16 A pessoa física ou jurídica que elaborar ou apresentar informações falsas ou enganosas, inclusive a omissão, nos dados cadastrais, nos

relatórios ou no ato do cancelamento do registro incorrerá nas sanções previstas no Art. 69-A da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e no Decreto 3.179, de 21 de setembro de 1999.

Além das sanções acima descritas, a ausência do registro no Cadastro Técnico Federal impossibilita à pessoa que se encontra em situação de pendência de requerer qualquer tipo de licença ou autorização administrativa junto ao IBAMA, até que regularize o seu registro no Cadastro Técnico Federal.

Nos termos do Regimento Interno do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, Portaria nº 230 de 14 de maio de 2002, em seu artigo 71, caput e inciso XI, compete à Coordenação Gestão de Qualidade Ambiental administrar o Cadastro Técnico Federal. Segue a letra da lei:

Art. 71. À Coordenação de Gestão da Qualidade Ambiental compete: XI - administrar os Cadastros Técnicos Federais de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental e de Atividades Poluidoras ou Utilizadoras dos Recursos Ambientais.

A localização física do Cadastro Técnico Federal situa-se na Diretoria de Licenciamento e Qualidade Ambiental, que, por sua vez, integra a Coordenação de Gestão de Qualidade Ambiental, ambas com sede na Administração Central do IBAMA no Distrito Federal. O Cadastro Técnico Federal é composto por servidores públicos ocupantes dos seguintes cargos: Coordenador; Atendentes, que são responsáveis pelo atendimento aos usuários do cadastro em tela; Analistas Ambientais; Analistas de Sistemas; Responsável técnico pelo manual do Cadastro Técnico Federal; Secretária. (IBAMA, 2006)

Na Superintendência do IBAMA em Pernambuco não existe uma Coordenação específica de Gestão de Qualidade Ambiental. No entanto, há o Setor de Licenciamento Ambiental que está diretamente vinculado à Coordenação de Gestão de Qualidade localizada na Administração Central do IBAMA no Distrito Federal.

No dia 20 de julho de 2006, foram entrevistados a Sra. Maria da Glória Ribeiro Neves, Analista Ambiental, e o Sr. Paulo Gustavo Soares, Terceirizado, ambos do Setor de Cadastro da Superintendência do IBAMA em Pernambuco, sendo, aquela, chefe do citado setor. Informaram que as atribuições do Setor de Cadastro são, basicamente, o auxílio técnico relativos aos demais setores a presente Superintendência, nos assuntos relativos a informações constantes no banco de dados do Cadastro Técnico Federal, além do atendimento ao público no que se refere às informações constantes no referido Cadastro, mas esse serviço de atendimento ao público não engloba

promover o registro deste no sistema uma vez que tal registro só poderá ser feito pelo contribuinte, através da internet. Tal fato gera uma marginalização do cidadão menos favorecido economicamente. Essa polemica aprofundada mais adiante.

Ressaltaram, ainda, que alguns setores da presente Autarquia Federal recorrem ao Cadastro Técnico Federal, como o Setor de Arrecadação e a Procuradoria Federal Especializada junto ao IBAMA em Pernambuco. No entanto, realçaram que, o setor que mais utiliza às informações constantes no banco de dados do Cadastro Técnico Federal, é o de Fiscalização, pois, tal setor, baseia seu trabalho de campo nas informações das empresas, passíveis de fiscalização e controle, disponíveis no referido sistema.

A Ilustríssima Chefe do Setor do Cadastro da Superintendência do IBAMA/PE sublinhou que, anteriormente, as informações cadastradas no sistema eram feitas pelo presente setor, mas com a alteração do procedimento cadastral à alimentação do sistema, assim como, o registro das empresas e as informações referentes a elas inseridas no banco de dados do cadastro em tela, só podem ser realizadas pelas mesmas, via internet, através do portal eletrônico do IBAMA, ou pela Administração Central do IBAMA em Brasília. Relatou, ainda, que a má utilização das informações ambientais constantes no sistema do instrumento ambientam em tela não é constatado em outras Superintendências do IBAMA, localizadas em outros estados da Federação, sendo, esta falha, uma particularidade da Superintendência do IBAMA em Pernambuco.

Em consonância com os termos da entrevista concedida pelos citados servidores do Setor de Cadastro da Superintendência do IBAMA em Pernambuco, o Cadastro Técnico Federal não apresenta nenhum problema operacional e que não foi oferecido a eles nenhum curso de capacitação voltado à utilização do sistema em tela. Tal afirmação de que não há problemas operacionais será questionada ao final deste capítulo.

No dia 25 de julho de 2006, foram entrevistados os Analistas Ambientais, o Sr. Cláudio de Melo Pessoa e a Sra. Fátima Machado, ambos lotados no Setor de Fiscalização da Superintendência do IBAMA em Pernambuco. Informaram que apenas alguns servidores do Setor de Fiscalização possuem acesso ao Cadastro Técnico Federal e que as informações contidas em seu banco de dados são imprescindíveis ao exercício de suas atribuições. O acesso ao Cadastro Técnico Federal é concedido pela Administração Central do IBAMA em Brasília.

Foi um ponto positivo constatar que o setor em tela trabalha utilizando os dados constantes no Cadastro Técnico Federal, pois demonstra que essa função vital para a preservação dos bens naturais vem sendo desenvolvida baseada nas determinações da Lei.

De acordo com o artigo n.º 17-C da Lei 10.165/2000, que alterou a Lei n.º 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, determina ser obrigatório, para as pessoas enquadradas no Anexo VIII, o pagamento da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental, e, em seu parágrafo 1º, que todas as pessoas passíveis de cobrança da TCFA deverão entregar o Relatório Anual de Atividade. As empresas serão enquadradas de acordo com as suas atividades desenvolvidas. Cada empresa receberá um código de atividade indicando em que grupo de atividade será enquadrada.

O Setor de Fiscalização, basicamente, acessa o Cadastro Técnico Federal, onde busca as informações das empresas constantes no Relatório Anual de Atividade e, primeiramente, se a empresa é registrada no Cadastro Técnico Federal. Os dados constantes no citado Relatório que são de interesse para os agentes da fiscalização são: fonte energética, existência de afluentes líquidos, resíduos, local onde os resíduos são despejados, porte da empresa, categoria (esta é estabelecida de acordo com grau poluidor da empresa), produtos florestais utilizados, se empresa quitou os pagamentos das TCFA's, se entregou o relatório anual de atividades, se possuem o certificado de registro etc.

A partir destas informações, os agentes da fiscalização fazem o trabalho de campo dirigindo-se até uma determinada empresa e promovendo a devida autuação administrativa ambiental, caso as informações constantes no referido Relatório Anual de Atividade daquela não reflita a realidade, seja por esta empresa ter sonegado algum tipo de informação concernente à atividade desenvolvida ou por estar desenvolvendo tal atividade sem a licença necessária ou em desacordo com os termos da licença administrativa ambiental concedida.

Sempre que os Agentes da Fiscalização são designados a realizarem alguma diligência, eles buscam no Cadastro Técnico Federal os subsídios relativos à empresa passível de fiscalização. Tais informações irão nortear uma possível autuação administrativa ambiental. Assim, os termos da entrevista aqui colacionada corroboram a importância deste instrumento ambiental, objeto do presente estudo, para o exercício da fiscalização dos bens naturais e, ainda, demonstram que a utilização das informações constantes em seu banco de dados, pelos agentes da fiscalização, é freqüente.

No entanto, não se constatou, dentre os autos de infração encaminhados à Procuradoria para análise e parecer, nenhuma autuação que refletisse uma ação minuciosa por parte dos agentes da fiscalização, p.ex., no caso de um posto de gasolina que declara que utilizara 1000 galões de gasolina, quando, na verdade, os agentes da fiscalização constatavam que esta empresa utilizava 3000 galões, devendo, portanto, promover a autuação da mesma por sonegação de informa-

ção, uma vez que declarou, no Relatório Anual de Atividades, informação errônea ou equivocada com emprego de má fé.

O Analista ambiental Cláudio Pessoa de Melo apontou uma falha no Cadastro Técnico Federal de altíssima relevância. Constatou que uma empresa pode realizar seu registro e obter o certificado de registro no Cadastro Técnico Federal sem preencher todos os campos do cadastro, ou seja, uma determinada empresa pode facilmente sonegar informações sobre sua atividade, sobre seu porte e até sobre a quantidade de produtos e substância que utilizam.

Informou que tal situação ocorre em razão de não haver uma fiscalização e um controle eficiente das informações inseridas no banco de dados do Cadastro Técnico Federal. Sugeriu, ainda, que o sistema deveria ser reformulado neste posto, devendo ser exigência para a emissão do Registro no Cadastro Técnico Federal o preenchimento de todas as informações relativas à empresa a ser cadastrada.

Cabe ressaltar que a Superintendência do IBAMA/PE não proporcionou nenhum curso de capacitação para os funcionários do Setor de Fiscalização utilizarem o Cadastro Técnico Federal, e que este Setor em tela possui acesso restrito ao Cadastro Técnico Federal.

Em 26 de julho de 2006, foi entrevistada a Sra Emery de Castro, Analista Ambiental, Chefe do Setor de Arrecadação da Superintendência do IBAMA em Pernambuco que, de forma bastante acessível, colaborou com a pesquisa de campo do presente trabalho.

A ilustríssima analista informou que o Setor de Arrecadação – SAR, tem acesso ao Cadastro Técnico Federal e o utiliza diariamente, sendo, este instrumento administrativo ambiental, importante para o desenvolvimento das atividades deste setor, visto que, neste banco de dados tem-se acesso a dados que pode auxiliar a real identificação das atividades e do porte da empresa em mora. Os dados acessados pelo Setor de arrecadação no Cadastro Técnico Federal restringem-se às informações concernentes aos débitos da empresa oriundos do não pagamento das Taxas de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA.

O valor do débito relativo a TCFA nasce do cruzamento do porte da empresa em questão com o tipo da atividade a ser desenvolvida por esta. Constatado tal débito o setor promove a devida cobrança, através dos procedimentos administrativos internos, culminando, caso a empresa devedora não promova o devido adimplemento da dívida, na inserção desta em Dívida Ativa da União, que será promovido pela Procuradoria Federal Especializada da União junto ao IBAMA, e não mais pelo setor de arrecadação. Realçou, ainda, que atualmente o citado setor não possuir estrutura

satisfatória para o desenvolvimento de suas atividades, não podendo, assim, efetuar os procedimentos de cobrança de forma eficiente.

Urge mencionar que a chefe do Setor de Arrecadação constatou que as informações inseridas no banco de dados do Cadastro Técnico Federal não refletem a situação real das empresas, pois, em diversas vezes, a declaração de porte de algumas empresas encontrava-se equivocada. Tal fato reflete que não há uma fiscalização e controle eficiente das informações declaradas pelas empresas, o que dificulta o desenvolvimento das atribuições dos setores que utilizam tais informações. Essa falha no sistema foi constatado tanto pelo Setor de Arrecadação quanto pelo Setor de Fiscalização.

Cabe ressaltar que o Setor de Arrecadação possui acesso limitado ao Cadastro Técnico Federal, restringindo-se apenas às consultas, portanto, a importância do banco de dados do Cadastro Técnico Federal para o Setor de Arrecadação se dá em razão de que é através das informações contidas neste banco de dados que é realizada a alimentação do sistema de arrecadação deste setor, com informações relativas apenas aos débitos das empresas oriundos do não pagamento das TCFA's. Informou, ainda, que não foi oferecido, pela Superintendência do IBAMA em Pernambuco, nenhum curso de capacitação, aos servidores do Setor de Arrecadação, direcionada ao aprendizado e aperfeiçoamento voltado à utilização do Cadastro Técnico Federal.

No dia 03 de agosto de 2006, em entrevista cedida pelo Sr. Claudemilson Farias Barreto, Analista Ambiental lotado no Setor de Planejamento da Superintendência do IBAMA em Pernambuco. Segundo informações concedidas pelo Ilustríssimo Analista nenhum dos servidores lotados naquele setor possuem senha de acesso ao banco de dados do Cadastro Técnico Federal em razão das atividades desempenhadas, até o presente momento, não apresentarem necessidade de se buscar tais informações.

O Setor de Planejamento tem a função de definir, elaborar e promover o devido acompanhamento dos projetos e diretrizes a serem adotados pela Superintendência do IBAMA em Pernambuco, logo, como é possível elaborar projetos ambientais, que serão desenvolvidos e implantados pelo órgão responsável pela fiscalização e controle dos bens ambientais, sem que se utilizem as informações ambientais, constantes no banco de dados do Cadastro Técnico Federal?

O ilustríssimo Analista, ora entrevistado, reconheceu a importância de que sejam utilizadas as informações contidas no presente cadastro para o desenvolvimento de suas atividades, e mencionou que tal falha deve ser sanada o quanto antes.

Em 04 de agosto de 2006 foi entrevistado o Procurador Federal da Procuradoria Federal especializa junto ao IBAMA me Pernambuco, Dr. Geraldo Campos Pinto Filho que teceu as seguintes considerações. Mencionou que, lamentavelmente, não tem acesso ao Cadastro Técnico Federal e que nem tem conhecimento aprofundado da gama de informações que constam no citado sistema, apesar de ter ciência de que se trata de um instrumento importantíssimo instituído pela lei de Política Nacional do Meio Ambiente.

Sublinhou que o fato do Setor de Planejamento não utilizar as informações constantes no seu sistema para o desenvolvimento de suas atividade representa uma prova de ineficiência daquele setor. Ainda mais porque o setor de planejamento deveria ter uma visão ampla, coordenando e acompanhando as atividades da Superintendência do IBAMA em Pernambuco. Essa situação é uma falha sistemática, não sendo característica exclusiva da gestão atual desta Superintendência, mas uma característica comum da Administração Pública em geral.

Salientou que cabe à Procuradoria o papel de representação do IBAMA, em juízo ou fora dele, defendendo os interesses do meio ambiente. Neste contexto observa-se que o Cadastro Técnico Federal trata-se de um elemento indispensável para apresentação de defesas, argumentos e pareceres jurídicos ambientais seguros. Portanto, o não acesso a este cadastro impede a atuação eficiente da Procuradoria, apesar de existir a possibilidade de um acesso indireto, através do setor de cadastro desta autarquia. Informou que a Autarquia Federal em tela apresenta outro problema, que é a falta de capacitação dos seus servidores. Estes não possuem conhecimentos específicos e, em alguns casos, as atribuições e as funções são exercidas por funcionários terceirizados, que não são do quadro da Superintendência em tela, não possuindo, portanto, qualquer compromisso com o interesse público e, ainda, não estão sob nenhuma supervisão ou controle direto da Administração Pública.

Segundo o douto Procurador Federal, a vivência da Procuradoria junto ao contribuinte, até hoje, têm revelado que o Cadastro Técnico Federal é um instrumento não democratizado, visto que a versão atual só possibilita qualquer manejo ou utilização através da internet.

Considerando que a nossa nação é formada por uma população marcada por uma desigualdade social acentuada, dividida entre ricos e pobres, percebe-se que grande parte da população de nosso país, aquela desprovida de recursos financeiros, fica literalmente sem acesso ao presente instrumento ambiental. Cabe salientar que a utilização, o cadastro e a consulta do presente instrumento é exclusivamente pelo site do IBAMA na internet e que o setor de cadastro desta Superintendência não oferece um serviço voltado a esse aten-

dimento, uma vez que o serviço ao público proporcionado é apenas de orientação e não de utilização do Cadastro Técnico Federal.

Ou seja, aquele cidadão que não tem recursos financeiros para ter seu microcomputador ou que não possua qualquer outro local em que possa usar um micro com acesso a internet, ficará impossibilitado de utilizar o presente cadastro. Conseqüentemente, essa imensa parcela, ora marginalizada, deixa de promover o seu cadastro no sistema contribuindo para a distorção entre informações constantes no banco de dados e realidade.

Em 07 de agosto de 2006 foi entrevista o Ilustríssimo Superintendente da Superintendência do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente em Pernambuco, Sr. João Arnaldo Novaes Junior.

Ressaltou que apesar do presente sistema de cadastro ser de vital importância pra o desenvolvimento das atividades de gestão, atualmente o Cadastro Técnico Federal não está totalmente integrado aos demais sistemas de gestão. Informou que núcleo de fauna possui um sistema de cadastro próprio, assim com o núcleo de recursos florestais e o núcleo de pesca. Essa ausência de integração de informações colaboram para que os citados setores não utilizem o instrumento em tela como deveria e, como resultado disso, a gestão da Superintendência do IBAMA em Pernambuco, fica prejudicada.

Uma forma de sanar a presente falha seria a utilização do SISCON que atua como sistema único de informação e controle, onde o Cadastro Técnico Federal passa a ter uma função mais estratégica.

Urge mencionar que, recentemente, segundo o Ilmo. Superintendente, o Cadastro Técnico Federal tem sido utilizado sistematicamente, em função do projeto Mata Nativa, que visa um plano de gestão florestal em defesa do bioma caatinga, promovendo o controle do consumo dos produtos florestais, como carvão e subprodutos provenientes da caatinga. Antes deste plano de gestão florestal o Cadastro em tela nunca havia sido utilizado no controle de utilização de produtos florestais. Agora, a fiscalização e controle dos produtos florestais são promovidos através da arrecadação de ICMS, verificando quanto às empresas produzirão e qual a estimativa de produção. A partir dessas informações pode-se ter idéia do quanto às empresas sonegaram. Isso só está sendo possível porque esta sendo utilizado, também, outro mecanismo de controle.

É necessário que as informações do Cadastro Técnico Federal sejam compartilhadas de forma eficiente. Também é necessário que o setor de fiscalização se valha das informações constantes naquele banco de dados para que o desen-

volvimento de suas atividades alcancem obtenham resultados positivos.

Salientou que foi constatado que alguns dados constantes no instrumento em tela não podem ser acessados por esta Superintendência. Deve ser ressaltado que o sistema é falho, como, por exemplo, quando a empresa promove o seu registro e não consegue imprimir o certificado de registro, como em alguns casos. Tal certificado que serve para que, no momento em que os agentes da fiscalização requisitam do empresário o seu comprovante de cadastro, este se valha de tal garantia. Como providências, está sendo elaborado um novo programa, o SISCON, no qual o CTF será incorporado, visando suprir eventuais falhas.

Quanto ao fato de que o Setor de Planejamento não utiliza o cadastro Técnico Federal para o desenvolvimento de suas atividades, o Dr. João Arnaldo informou que será realizada uma reunião com o citado setor, visando a discussão do tema. Tem convicção que o setor de fiscalização, ou demais setores, deveriam buscar as informações no banco de dados relativas as suas respectivas atividades e enviarem demanda ao setor de planejamento, para, a partir dessa interação, ser elaborado o planejamento da Superintendência em tela.

Cabe acrescentar que o setor de planejamento nunca solicitou, nem informou, a ao Superintendente que seria necessário Setor de Planejamento possuir acesso direto às informações do cadastro.

Informou que não foi disponibilizado nenhum curso de capacitação, aos servidores, voltado à utilização do Cadastro Técnico Federal devido as próprias limitações que o sistema apresenta e, também, por não ter chegado ao conhecimento ao Gabinete da superintendência do IBAMA/PE uma demanda requisitando capacitação voltada a essa atividade.

Como estagiário da Procuradoria Federal da Advocacia Geral da União Especializada junto ao IBAMA em Pernambuco, presenciei dois fatos relevantes que cabem serem abordados. Primeiro que foi constatada uma falha grave no sistema e, segundo, que me defrontei com uma situação que reflete a forma equivocada e totalmente contrária às determinações legais contidas na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, de como as do Cadastro Técnico Federal vem sendo utilizado.

Apesar de alguns dos entrevistados terem afirmado que não há falhas operacionais no sistema do Cadastro Técnico Federal, tal alegação merece ser refutada, tendo em vista que foi constatada uma falha no sistema referente à cobrança da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental – TCFA. Reza o artigo 17-F da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, lei n.º 6.938/81, alterada pela Lei n.º 10.165/2000, que são isentos do pagamento desta taxa as entidades elencadas no citado

dispositivo de lei, bem como as pessoas físicas e as microempresas enquadradas como de pequeno e médio potencial poluente, nos termos do seu Anexo IX desta lei modificadora, que segue nos anexos desta pesquisa. Seguem, logo abaixo, os termos da lei:

Art. 17-F. São isentas do pagamento da TCFA as entidades públicas federais, distritais, estaduais e municipais, as entidades filantrópicas, aqueles que praticam agricultura de subsistência e as populações tradicionais.

O espelho do SICAF – Sistema Integrado de Cadastro, Arrecadação e Fiscalização, não contém informações específicas, à luz das normas do Direito Comercial e do novo Código Civil, Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que permitam a imediata identificação e diferenciação das categorias das pessoas de direito privado que exploram atividades comerciais, ou seja, se são empresários individuais, de acordo com o conceito extraído do artigo 966 do Código Civil de 2002, das sociedades empresárias e qual a forma de atuação destas. Cabe sublinhar que o empresário individual é a própria pessoa física ou natural e as sociedades empresariais são as pessoas jurídicas.

É oportuno o ensinamento do doutrinador Rubens Riquião, que segue:

O comerciante singular, vale dizer o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo o seus bens pela obrigação que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação da firma individual em pessoa jurídica é uma ficção de direito Tributário, somente para efeito de imposto de renda. (REQUIÃO, 1975, p.55)

O empresário individual pratica todos os atos de comércio sob a forma de empresa possuindo capital, mão-de-obra, insumos, mas não é uma pessoa jurídica. E, ainda, de acordo com as determinações do Código Civil de 2002, o empresário individual continua ser mera pessoa física que exerce atividade empresarial e que está sujeito a inscrição perante a Junta Comercial. Desse modo, a inscrição do empresário individual no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, não faz dele uma pessoa jurídica, porque no direito brasileiro a pessoa ou personalidade corresponde à capacidade de se assumirem obrigações e de adquirirem direitos, e, portanto, de se constituir patrimônio em nome próprio, o que não ocorre com a pessoa física que exerce atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

A falha encontrada no sistema do Cadastro Técnico Federal baseia-se especificamente no seguinte ponto. Tendo em

vista que: a) para fins de incidência da TCFA é preciso que o contribuinte seja de fato pessoa jurídica; b) que o sistema do Cadastro Técnico Federal não faz a diferenciação de empresário individual que exerce atividade econômica e pessoa jurídica; c) que ambas são portadoras do número do CNPJ; d) que a busca pelos devedores de TCFA no sistema é feito pelo citado número do Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas, contactou-se que o sistema, ao fim da busca, apresenta como devedor de TCFA todo aquele que possui o citado número, portanto, o sistema enquadra erroneamente como inadimplentes tanto às pessoas jurídicas quanto às pessoas físicas, quando, esta última, deveria ficar de fora de tal pesquisa uma vez que as pessoas físicas, ou empresários individuais, são isentas do pagamento da taxa de Controle e Fiscalização Ambiental.

Posteriormente, foi constatado que existe uma má utilização e má gestão das informações contidas no Cadastro Técnico Federal, no entanto, esta situação não alcança todos os setores da Superintendência do IBAMA/PE, pois foi constatado que determinados setores, como o de Fiscalização e o de Arrecadação utiliza as informações contidas no presente cadastro de forma adequada.

Cabe sublinhar que o IBAMA é o responsável pela administração do Cadastro Técnico Federal, de acordo com a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, e, portanto, o detentor dos recursos necessários a sua administração. No entanto, a citada Procuradoria Especializada junto ao IBAMA em Pernambuco recebeu, como de praxe, os autos processuais da Ação de Execução Fiscal n.º 782/02, processo administrativo n.º 02019.002845/2000-74, em Curso na Comarca de Sertânia - PE, no qual o executado ofereceu à penhora duas motosserras.

Para se pronunciar sobre os referidos bens a Procuradoria Federal, responsável pelo acompanhamento judicial da referida ação de execução fiscal, solicitou ao Setor de Cadastro da Superintendência do IBAMA / PE que informasse a situação dos citados bens nomeados à penhora (duas motosserras), em relação à identificação das pessoas detentoras da respectiva licença de porte. Em resposta, o Setor de Cadastro relatou o seguinte:

Informo que o SICAFI – Sistema de Cadastro, Arrecadação e Fiscalização, **atualmente, não permite informar os dados relacionados aos equipamentos cadastrados pelo contribuinte. Só ele próprio, com sua senha pessoal, tem acesso ao conteúdo.** No entanto, no ato do cadastramento da moto-serra, o contribuinte recebe um certificado, o qual precisa acompanhar a máquina, sendo que, a falta deste documento, caracteriza uma infração administrativa ambiental. Cabe, pois, ao contribuinte comprovar a posse do equipamento com a apresentação do certificado correspondente. (Memorando nº 001/2006/PFE/IBAMA/PE de 17/01/2006)  
(grifo nosso)

No caso em tela, os equipamentos citados se tratam de motosserras. Tal equipamento tem um tratamento legal diferenciado. O artigo 45 da Lei 4.771/65, denominada Código Florestal, determina que os estabelecimentos comerciais e aqueles que adquirem tal equipamento promovam o devido registro o registro junto ao IBAMA. Tal determinação legal encontra-se também tipificada pelo artigo 51 da Lei 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais. Seguem, respectivamente, os citados dispositivos de lei:

Art. 45 - Ficam obrigados ao registro no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA os estabelecimentos comerciais responsáveis pela comercialização de motosserras, bem como aqueles que adquirirem este equipamento.

Art. 51 - Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente

É antagônico que o órgão federal responsável pela administração do Cadastro Técnico Federal, instituído pela Lei n.º 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, não tenha acesso amplo e irrestrito às informações constantes no banco de dados do Cadastro que está sob sua responsabilidade, uma vez que é de vital importância para o desenvolvimento de sua função maior que é a promoção eficaz da preservação e fiscalização dos bens ambientais.

Tal situação atenta contra a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, contra o artigo 225 da Constituição Federal, contra os princípios administrativos e ambientais que alicerçam o Cadastro Técnico Federal e contra a própria Autarquia Federal responsável pela administração do Cadastro Técnico Federal.

No caso da citada Ação de Execução Fiscal, como a Procuradoria desenvolverá suas atividades junto ao IBAMA, acompanhando, respondendo e atuando nas questões judiciais, além de emitir parecer jurídico-ambiental no âmbito consultivo, uma vez que a mesma não tem acesso aos subsídios indispensáveis para o exercício de tais funções. Fica patente a necessidade da Procuradoria Federal especializada junto ao IBAMA/PE ter acesso amplo às informações constantes no banco de dados do Cadastro Técnico Federal.

Até o presente momento, a citada Procuradoria Federal Especializada junto ao IBAMA em Pernambuco não tem acesso ao banco de dados do instrumento administrativo ambiental objeto do presente estudo, sendo necessário à solicitação das informações pretendidas ao Setor de Cadastro desta Autarquia Federal, que por sua vez repassa as informações solicitadas ao setor solicitante.

# O foral de Olinda e terrenos de marinha

**Por Affonso Neves Baptista Neto**

Procurador da Fazenda Nacional (PFN)

## I. Introdução

A matéria veiculada no nº 26, da Revista ALGOMAS (Editora SMF/TGI Ltda – maio de 2008), reacende antiga e recorrente polêmica a respeito do assunto, em face do interesse prático para as comunidades ocupantes do litoral pernambucano, como se confere pela leitura das reflexões que se seguem, que repercutem o valor da pesquisa da jornalista Carolina Bradley, indispensáveis para o esclarecimento do(s) julgado(s), em favor do município de Olinda.

No Brasil, todas as terras foram públicas, pois, com a sua descoberta, a mando e por ordem dos Reis de Portugal, passaram elas para o domínio dos conquistadores.

É o que afirma Afrânio de Carvalho, no seu livro *Registro de Imóveis*, editado pela Editora Forense, em 1977, nesta passagem, “*verbis*”:

“...Quando o Brasil foi descoberto, o Rei de Portugal, como descobridor, adquiriu sobre o território o título originário de posse. Investido desse senhorio, o descobridor, por meio de doações, feitas em cartas de sesmaria, primeiro pelos donatários das Capitâneas, depois pelos governadores e Capitães –gerais, começou a destacar do domínio público os tratos de terras, que viriam a constituir o domínio privado.

Esse regime de sesmarias veio da Descoberta até a Independência do Brasil em 1822, quando se abriu um hiato na atividade legislativa sobre terras que se prolongou até 1850, desenvolvendo-se no intervalo a progressiva ocupação do solo sem qualquer título, mediante a simples tomada da posse.

A Lei nº 601, de 1850, e seu Regulamento nº 1.318, de 1854, legitimaram a aquisição pela posse, separando assim do domínio público todas as posses que fossem levadas ao livro da Paróquia Católica, o chamado registro do vigário.” (Obra cit. pág. 11/12)

É imperioso que a esse respeito se faça menção, igualmente, dos ensinamentos do saudoso Aliomar Baleeiro, que ditou, quando proferiu seu Voto, como Ministro Relator, no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Cível Originária nº 132, neste passo, “*verbis*”:

“...É histórico, que no Brasil, de início, todas as terras foram públicas, em virtude da posse que Pedro Álvares Cabral tomou da descoberta em nome e para o domínio do rei de Portugal.

É certo que, desde a primeira metade do século XVI, começou o processo de desmembramento pelas sesmarias e datas, a partir do litoral Atlântico, até atingir o Oeste remoto.

Mas a validade de cada desmembramento depende do título expedido por uma autoridade pública competente...” (In RTJ nº 67, pág. 3).

Daí o entendimento dominante dos órgãos Públicos apoiado por figuras de renomeado saber jurídico, que não admitem possa provir a propriedade privada de outra origem que não a do desmembramento do domínio público, como mencionado no voto acima.

Ressalte-se, antes de tudo, a improcedência da suposição de já ter o Poder Judiciário julgado em definitivo o pleito municipal, em favor daquela edibilidade, de forma a possibilitar o aumento da arrecadação da sua receita financeira e legitimar a cobrança de foro em áreas litorâneas, mesmo localizadas em cidades situadas além dos seus limites urbanos.

Ao contrário do que se pode pensar, a questão não está pacificada, na jurisprudência. Não se pode sequer afirmar a comprovação da existência do “foral” como documento reconhecido na historiografia pernambucana. A prestigiosa revista tomou a oportuna iniciativa de reabrir o debate da importante questão, de muito interesse na atualidade.

Bahia disponibiliza um ônibus equipado com microcomputadores que viaja por todo o interior do estado levando o acesso à internet aos moradores residentes nas regiões mais remotas e desfavorecidas. Tal plano de integração não foi adotado pela Superintendência do IBAMA em Pernambuco.

Portanto, há deficiência na utilização das informações constantes no banco de dados do instrumento ambiental em tela pela gestão atual da Superintendência do IBAMA em Pernambuco; não existe integração entre os setores desta Superintendência no constante a utilização, monitoramento e repasse de falhas constatadas no sistema do presente Cadastro Federal; não há uma eficiente publicidade dos dados, onde deveriam ser disponibilizadas ao público em geral, as informações constantes no banco de dados do referido sistema; o sistema atual do Cadastro Técnico Federal proporciona uma flagrante marginalização de uma grande parcela da população, que é aquela menos favorecida economicamente; que o Cadastro Técnico Federal é de vital importância para o desenvolvimento das atividades de proteção e fiscalização dos bens ambientais, mas que não é utilizado eficientemente pela Superintendência do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente em Pernambuco.

## Referências Bibliográficas:

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- BRASIL, Rebeca Ferreira. *O Papel do Direito na Promoção da Educação Ambiental no Brasil*. Disponível em: < <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/18/75/1875/> > Acesso em: 30/07/2006.
- COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.
- IBAMA. *Cadastro Técnico Federal*. Disponível em <<http://www.ibama.gov.br>>. Acesso em: 20/07/2006.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=16>>. Acesso em: 26/07/2006.
- MORAES, Luis Carlos Silva de. *Código Florestal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2002.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *A publicidade e o direito de acesso a informações no licenciamento ambiental*. In: FIGUEREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Temas de Direito Ambiental*. 2, ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v.40. São Paulo: Saraiva, 1975.

Tendo em vista que o Setor de Planejamento da Superintendência do IBAMA em Pernambuco não utiliza o Cadastro Técnico Federal na elaboração das diretrizes e dos planos de atividades que serão implantadas e desenvolvidas por esta Superintendência, tal fato, que foi corroborado pelos próprios servidores lotados no citado setor e pelo próprio Superintendente do IBAMA/PE, demonstra que há uma flagrante má utilização das informações constantes no banco de dados do presente instrumento ambiental pela gestão do IBAMA em Pernambuco.

Que, além da falha constatada no desempenho das atividades do Setor de Planejamento, alguns setores utilizam um sistema de informação próprio de sua área de concentração que resulta na ausência de integração das informações a serem utilizadas pela gestão da própria Superintendência uma vez que deixa de existir um banco de dados capaz de fornecer a real situação da forma como as atividades nocivas e/ou utilizadoras dos recursos do meio ambiente vem sendo empreendidas.

Constatou-se que há uma brutal contrariedade à determinação legal no constante a administração do Cadastro Técnico Federal, visto que, o IBAMA, de acordo com a letra da lei exaustivamente colacionada, o responsável pela a Administração do presente instrumento ambiental e, portanto, deve ter o acesso amplo e irrestrito a toda e qualquer informação constante no banco de dados do referido instrumento, mas, na realidade, o IBAMA não tem acesso amplo e irrestrito às informações ambientais constantes neste banco de dados, visto que certas informações só são acessíveis pelo próprio contribuinte. Tal fato é manifestamente contrário à determinação legal que fundamenta o Cadastro Técnico Federal.

Demonstrou-se que o sistema do Cadastro Técnico Federal não disponibiliza ao público em geral, informações concernentes à utilização dos recursos ambientais, como, por exemplo, a quantidade de produtos florestais que são utilizadas por ano por determinadas empresas consumidoras de produtos florestais ou o percentual atual de atividades nocivas ao meio ambiente que são desenvolvidas em uma determinada região ou, ainda, quais as empresas fornecem recursos a serem aplicados no desenvolvimento das atividades voltadas à proteção ambiental.

Lamentável constatação foi a flagrante marginalização que o sistema atual proporciona, uma vez que apenas os cidadãos alfabetizados e possuidores de recursos financeiros e tecnológicos podem utilizar o Cadastro Técnico Federal, tendo em vista que o seu manejo só é possível através da internet, não havendo outro meio de utilização. No entanto, essa segregação é vem sendo amenizada através de projetos onde são disponibilizados computadores e pessoal técnico às pessoas que não tem acesso a computadores. A grande parte desta parcela da população está localizada no interior do país. Para citar um exemplo a Superintendência do IBAMA no estado da

Todavia, carece de prudência a forma de divulgação do informe de interesse geral, apresentada com a falta de clareza na abordagem da matéria publicada, pois as conclusões dos apologistas do Foral, não podem ser adotadas sem restrições. Ademais, as hipóteses já apreciadas não estão acobertadas pelo manto da autoridade da coisa julgada, como ocorre nas decisões relativas às ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguição do cumprimento de preceito fundamental da constituição.

Diante das dúvidas que se podem suscitar, impende estudar o posicionamento da Direção Regional do Serviço de Patrimônio da União em Pernambuco, contrário às conclusões da encarregada da defesa de Olinda, a pesquisadora Valéria Agra, responsável pela coordenação do Departamento do Foral, cuja finalidade é a confirmação das glebas supostamente integrantes da dominialidade municipal, citadas no documento histórico, com o objetivo de legitimar a ampliação da cobrança das taxas das respectivas áreas, ainda que situadas além dos limites do perímetro urbano olindense, para melhorar a sua arrecadação.

Na opinião do advogado da Gerência Regional do Patrimônio da União em Pernambuco, Dr.Sérgio Feliciano,

“Dar efetividade jurídica ao Foral de Olinda, não obstante sua importância histórica rompe com o pacto federativo, sobretudo por conferir terras de outras municipalidades, Recife e Jaboatão, ao Município de Olinda. Não há qualquer norma constitucional que permita outro tipo de interpretação. Se fosse outra a conclusão, deveríamos conferir toda a propriedade pública do Brasil à família real ou até mesmo resgatar todos aqueles títulos de dívida pública, os chamados títulos “podres”, emitidos ainda à época do Império”. O advogado, segundo a jornalista, explica que toda Constituição política é precedida de uma “revolução”, havendo uma ruptura entre a velha e a nova ordem, sendo preservadas as normas antigas que não conflitem com o novo ordenamento. “Do ponto de vista dos bens públicos, é a instauração da República em 1889, com o novo modelo de Estado – a Federação – a mais importante das revoluções, inaugurando uma nova ordem completamente díspar.”

A existência do Foral de Olinda, explica a jornalista Carolina Bradley, estaria comprovada através de dois fatos históricos: a Carta de Doação, feita por D.João III a Duarte Coelho, de 60 léguas de terras na costa do Brasil, em 10 de março de 1534. No ano seguinte, o donatário desembarca no limite norte de sua capitania, nas proximidades da Ilha de Itamaracá.

“Ao chegar em terra firme, decide procurar um lugar seguro e estratégico para estabelecer a sede do seu governo. Segue para o sul, onde encontra um outeiro junto ao mar e escolhe o monte mais alto para iniciar a construção da sede do seu governo e dar início à povoação.”

Na seqüência, procura a ilustre jornalista demonstrar, como segundo fato comprobatório, a referência à elaboração do Foral de Olinda em 12 de março de 1537, “documento que confere à povoação o título de Vila, institui o Conselho e estabelece o seu patrimônio. Diferente dos forais tradicionais portugueses, que continham as diretrizes fiscais, normas jurídicas e penais, o Foral de Olinda apresenta-se como uma Carta de Doação. Do ponto de vista urbanístico, é considerado o primeiro Plano Diretor do Brasil.”

Admitindo que a questão ainda não foi pacificada, procurou o ex-prefeito de Olinda – Germano Coelho – lutar pelo reconhecimento do Foral, apesar de importantes setores da área jurídica já terem manifestado disparidade de opiniões, como, de seu lado, argumenta o Desembargador Federal, Dr.Francisco Queiroz:

“Hoje Olinda não tem direito a cobrar nada fora da sua área territorial. Este documento é do tempo que o município de Olinda alcançava todas as áreas, depois com o desdobramento em outras cidades ela perdeu o direito. A pretensão de fazer valer o direito em outros municípios não procede, senão Olinda seria uma grande proprietária de imóveis no Estado. Isso tem tanta lógica quanto pretender que Pernambuco pertence aos herdeiros de Duarte Coelho”.

Referia-se aquele ilustre membro do TRF da 5ª Região, à Apelação julgada em 2006, apreciando uma ação contra o Município de Olinda, para evitar a cobrança de foro em imóvel situado no bairro de Santo Antônio, no Recife, quando o Tribunal entendeu, através do voto do Desembargador Federal, Dr. Marcelo Navarro, encarregado da Relatoria, que:

“O Foral de Olinda, datado de período remoto da história colonial cancelado pelo Rei de Portugal e depois pelo imperador do Brasil em pessoa, e desde 1919 registrado no cartório competente, constitui ato jurídico perfeito, materializado em título translático do domínio pleno das terras que menciona, eficaz perante todos que contra ele se opuserem”

Reportando-me ao que observou o advogado Elish Ebsen Duarte (O Inferno Judiciário, Diário de Pernambuco, 13/2/08), no Brasil, a venda que cega os olhos da estátua da deusa Themis, muitas vezes se transforma em uma pesada armadilha para os jurisdicionados, tanto que as dificuldades inerentes ao Poder Judiciário impedem que ela sinta o que está ao seu redor, apesar das “lágrimas derramadas pelos necessitados e tampouco os lancinantes gritos dos que urgentemente lhe pedem socorro”, como desabafa o causídico.

Muito embora algumas vezes se justifique a demora da prestação judicial pela pleora processual, outras vezes, entretanto, não se pode encontrar explicação razoável pela carência

de estudos históricos, sociológicos ou até mesmo de atividade de pesquisa de temas jurídicos, cujo o resultado é sempre o prejuízo dos jurisdicionados.

Logo se observa que o debate não está superado. Com certeza o assunto voltará a merecer os cuidados da Advocacia Geral da União, do Ministério Público Federal, GRPU/PE, que são os órgãos competentes para as providências que se fizerem necessárias.

Em virtude de deficiência de provimentos jurisdicionais, tendenciosos a favorecer os entes políticos achamos preferível a manutenção do sistema de recursos processuais atualmente em vigor, como forma de se coibir a tendência de alguns julgados fazendários, francamente favoráveis ao Erário Público.

## II. O cerne da questão

Há alguns anos atrás, instado pela Superintendência da Polícia Federal em Pernambuco, o autor destas linhas, no exercício funcional de seu cargo – Procurador da Fazenda Nacional – entregou à chefia do órgão, pronunciamento a respeito da conhecida polêmica envolvendo documento denominado Foral de Olinda, cuja existência, até agora, não foi demonstrada, com a certeza imposta pelo princípio da segurança jurídica.

No esboço histórico acima, preambularmente, foi destacada a maneira como Portugal adquiriu, originariamente, as terras públicas situadas no recém descoberto continente sul-americano, que passaram a integrar o território da nação portuguesa, por direito de conquista.

Segundo Hely Lopes Meirelles, as terras recém descobertas por Cabral passaram, sucessivamente, do Reino de Portugal ao Império e, finalmente, à República, sempre como domínio do Estado. O consagrado Autor esclarece que a transferência das terras públicas aos particulares se deu paulatinamente por meio de concessões de sesmarias e datas, compra e venda, doação, permuta e legitimação de posses.

No meu parecer, ressaltei a preeminência da regra geral, intuída pelo Eminentíssimo Administrativista, acompanhada de grande parte da doutrina: a de que qualquer que seja a terra, sem título de propriedade particular, será do domínio público, como se confere com a leitura de diversos julgados. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal admite inúmeras exceções, que não podem desbordar dos limites objetivos do tema ora proposto.

A legislação sobre bens públicos da União é fragmentária e dispersa, surgindo assistematicamente até a Lei Imperial nº 601, de 18.09.1850, que definiu as terras devolutas e proibiu a sua aquisição, a não ser por compra, salvo as limítrofes com outros países, numa faixa de 10 léguas, as quais poderiam ser concedidas gratuitamente. Tratou ainda da revalidação das concessões

de sesmarias, além de outras, do governo geral e provincial. Essa lei – denominada Lei das Terras – dispôs também sobre a legitimação de posses, estabeleceu o comisso e instituiu o processo de discriminação das terras públicas das particulares.

O Município de Olinda se arrima no assim denominado “Foral de Olinda”, outorgado por Duarte Coelho Pereira, em 1537, em benefício da antiga Vila e confirmado pela Provisão Régia, de 14.07.1678, reconhecido como válido por sentença do saudoso Artur Barbosa Maciel, proferida pelo conspícuo magistrado, em 12/08/71, nos autos da Ação Declaratória nº 167/70, ajuizada perante a 1ª Vara da Justiça Federal de Pernambuco, que não tem o efeito “erga omnes”, até porque o recurso (RE) da União não foi conhecido.

No entanto, como se observa, através da exaustiva pesquisa sobre o assunto, publicada em dezembro de 1974, no nº 13 da Revista do Arquivo Público do Estado, sob o título “Foral de Olinda”. Tentativa de Reconstituição Textual e de Identificação da área por ele abrangida”, da autoria do Prof. José Antônio Gonçalves de Melo, o Douto Magistrado deixou de considerar fatos históricos relevantes em seu “decisum”, porque anterior à edição da mencionada Revista, tanto que, na verdade, não se discutia sobre o Foral, porém sobre uma Carta de Doação, como preliminarmente esclareceu o articulista no seu trabalho.

De início, o Dr. Gonçalves de Melo, renomado historiador brasileiro de Pernambuco, esclarece:

“...chegou até nós a “carta de doação do patrimônio do Conselho (de Olinda), impropriamente chamada de Foral...” (nossos os destaques)

Segundo o aludido historiador, Foral seria “um diploma concedido pelo Rei ou por senhorio laico ou eclesiástico, a determinada terra, contendo normas que disciplinam as relações dos seus povoadores ou habitantes entre si e destes com a entidade outorgante”.

Na verdade, a suposta Carta de Doação pode ter até sua existência colocada sob suspeição, posto que dela só se tem ciência por traslados de autenticidade duvidosa, como demonstrou em brilhante parecer o Prof. Gláucio Veiga, concluindo que:

“A carta de Doação à Câmara de Olinda é de março de 1537, desaparecendo o texto original, possivelmente, no incêndio de Olinda, provocado pelos holandeses. Registra José Antônio: “o texto de 1537 não é conhecido através de documento coevo, pois os primeiros vereadores de Olinda não tiveram a cautela de conservar o precioso papel com os cuidados que merecia (op. Cit. P.40). (também ênfases nossas). E mais adiante acrescenta: “Após enumerar referências

outras, o insigne José Antônio Gonçalves de Melo conclui, “*verbis*”:

“... o que tudo confirma o que acima ficou dito acerca da impropriedade da denominação de Foral, dada que é declaradamente uma “carta de doação de coisas ao Conselho e moradores de Olinda”. (ênfase nossa).

O mais grave é a declaração do Escrivão da Câmara de Olinda afirmando no período da justificação que ali (na Câmara)

“...não havia mais que os livros que se tinham escritos depois de restaurada esta terra e que os (livros) antigos com a invasão dos holandeses, se haviam queimado”...(43).

Na época inicial da nossa história, segundo o saudoso Professor Mário Neves Baptista, Catedrático de Direito Civil e de Direito Romano da Faculdade de Direito do Recife, em opúsculo intitulado “Domínio e Posse do Terreno de Marinha” (Recife, 1941), eram comuns as datas de terras a particulares, mediante Cartas de Sesmaria.

Constituiu este o único meio que se apresentava ao Soberano para a ocupação das enormes extensões de terras aqui encontradas.

Nos forais e regimentos outorgados pelos Monarcas, estabelecia-se como uma das principais atribuições a de conceder terras em sesmarias; desta maneira, pode-se dizer que nos três primeiros séculos da História do Brasil, o direito de propriedade territorial tinha por fundamento mais importante o instituto das sesmarias, pois todas as terras, no início da colonização do Brasil, foram públicas, uma vez que, com a descoberta do Brasil, a mando e por ordem dos Reis de Portugal, passaram elas para o domínio dos conquistadores.”

A doação da Capitania de Pernambuco a Duarte Coelho, segundo o metucioso opúsculo do Historiador José Antônio, foi revogada porque o sucessor do donatário Duarte Coelho – Conde de Vimioso – Dom Miguel de Portugal, casado, então, com a filha única de Duarte de Albuquerque Coelho, 4º Donatário de Pernambuco – não cumpriu suas obrigações, isto é, os ônus e as condições estipuladas na Carta de Doação da Capitania. Daí resultou a decisão de Dom João IV, Rei de Portugal, de anexar a Capitania aos bens da Coroa (Anais de Pereira da Costa), vls. III, p. 388 e IV, p. 351).

Dessa forma, arremata o douto professor Gláucio Veiga, um dos primeiros chefes da Consultoria Jurídica da Associação Comercial de Pernambuco, no seu trabalho em alusão, repelindo a pretensão do município de Olinda:

“Protestou todavia o Conde de Vimioso, opondo-se em tela judiciária ao ato de El Rei. Depois de “renhida demanda” as partes de acordarem: a Coroa pagaria em 10

anos 80.000 cruzados ao Conde de Vimioso e à Capitania de Pernambuco e,”(...) “em virtude dessa Convenção passou para o pacífico domínio da Coroa, que já de fato exercia esse domínio desde a expulsão dos Holandeses”. – Fernandes Gama – Memórias Históricas da Província de Pernambuco, A.P.E. 1977. Livro X, p.337.

Com a solução da demanda do Conde Vimioso, a capitania integralmente passou à categoria de bens da Coroa.”

Logo, a referência ao Foral de Olinda pode não passar de lenda histórica que vem se repetindo ao longo dos anos, com tanta força que parece já integrar o inconsciente coletivo, de que falava o psicanalista Jung.

Com a independência do Brasil, em 1822, todos os atos administrativos portugueses deixaram de ter valia, ressalvadas as Ordenações do Reino – Manuelinas, Filipinas e Afonsinas – que vigoraram entre nós enquanto a normatização jurídica da nova nação estava sendo elaborada, a princípio por atos legislativos do Imperador e, posteriormente, pelas Assembléias e Câmaras Legislativas.

O novo ordenamento jurídico do Brasil superava tudo o que antes se institucionalizara pela Coroa de Portugal, uma vez que nascia, em 07 de setembro daquele ano (1822), um novo Estado de direito, com o seu território figurando como elemento constitutivo da nova entidade, não apenas como mero objeto de direito real, porque, o território não se constitui objeto de nenhum direito por parte do Estado. Como acentuado na própria Teoria de Romano (e outros citados pelo MM. Juiz Artur Maciel), só dessa forma seria possível, teoricamente, se assentar a relação, proporcional, do direito do Estado a seu território, assemelhada, ao da pessoa sobre o seu próprio corpo.

Alías, o renomado parecerista Benedicto da Costa sustentava que quando a lei ou, o que é o mesmo, o Poder Central estabelece a organização dos Municípios e lhes destinam um dado território para o exercício das funções que lhes cabem, não os investem de um direito real sobre este território, posto que é ele aplicado à função de serviços públicos. (Pareceres da Procuradoria Geral da Fazenda Pública – publicação da Imprensa Nacional para o Ministério da Fazenda, 2º tomo, Rio de Janeiro, 1941,). Neste sentido, assinala que:

“Duarte Coelho Pereira recebeu de D. João III, rei de Portugal, em 1534, a sua Carta de Doação, confirmada pela Carta Régia de 24 de setembro do mesmo ano, que acompanhou o Foral da Capitania de Pernambuco.

Expediu o Foral e fez doação, em 1537, ao Conselho Municipal da Vila de Olinda, das terras cujos limites ou situação ali definiu, para serviço da vila e povo, para desembarcar e embarcar todo o serviço da vila e povo dela, para serventia da dita vila e povo; enfim, no tocante a certas

porções ou tratos de terra (Reboleira do Matos), para arrendamento a quem o Conselho entendesse.”

Embora o estudo tenha sido elaborado sobre os ditames constitucionais era de Getúlio Vargas, tais premissas doutrinárias não divergem das atuais.

“Nem por analogia seria possível identificar essa destinação ou atribuição de território, quer pela forma, quer pelo conteúdo, a um ato translativo de propriedade, criador de situação jurídica subjetiva.

Incontestável é que o ato denominado doação, pelo qual Duarte Coelho concedeu à municipalidade ou à vila de Olinda um determinado território, não tem o caracter de ato ou doação do direito privado; não constitui um direito real sobre este território. Não foi uma transferência de bem de domínio privado.

Ato equiparável à cessão de território de um Estado a outro, teria quando muito atribuído à vila ou municipalidade de Olinda, conforme a teoria tradicional, um poder público, um império, mas não um direito real.”

Olinda não poderia exercer nem o poder de Império, porque não poderia ser imaginada, sob o prisma do conceito de Estado, como também não há a falar em dominialidade, sem estar o ente político organizado administrativamente, até porque, com a dissolução das Câmaras Municipais pelo decreto n.º 107, de 30 de dezembro de 1889 (antes, portanto, da Constituição de 1891), aquela Vila teria perdido seus direitos dominicais.

“Não é possível conceber a dissolução das Câmaras Municipais, por força de uma mudança de regime político, com a permanência da pessoa jurídica do Município, mormente no caso em apreço, em que a lei autorizou a sua dissolução e a organização dos “respectivos serviços, adotando-se em tudo que lhes fossem aplicáveis as disposições do decreto n.º 50, de 7 do indicado mês, relativo a Ilma. Câmara da Capital Federal” (Decreto n.º 107, de 30.12.1889.)

O ato institucional do 2º Governo Provisório confirmou a dissolução do Congresso Nacional, Assembléias Estaduais e Câmaras Municipais e outros órgãos legislativos e deliberativos. (Decreto n.º 19.398, de 11.11.1930.)”

Convém, ainda, mencionar esclarecimento importantíssimo com referência ao registro do Foral, que teria sido efetuado em 1919, segundo o Prof. Germano Coelho. No entanto, devem ficar alertas os estudiosos que tomaram ou venham a tomar conhecimento do entendimento do Ilustre ex-Prefeito Olindense, ao aduzir:

“Porém, a Câmara de Olinda, amparada na Constituição vigente à época, de 1824, com base no artigo que garan-

tia o direito de propriedade, reclama o direito de senhorio. Em 15 de novembro de 1852, Dom Pedro II expediu o aviso imperial n.º 256, que determinava: “Quanto, porém, à Câmara de Olinda, é de se respeitar integralmente a doação feita no Foral de 1537, confirmada pela Régia Província de 14 de julho de 1678”

Por conseguinte, não há como prevalecer essa argumentação. Ainda que o Aviso Imperial n.º 256 tenha sido editado na vigência da Constituição de 1824, não é possível se conceber “o direito adquirido” de Olinda sobre as terras do Império de Portugal, após a independência do Brasil em 1822, considerando-se a revogação automática dos atos administrativos do período colonial português entre os quais, o que recuperara toda a área da Capitania ocupada pelos holandeses, durante a invasão, após a solução da demanda do Conde de Vimioso.

Nesse sentido, arremata o Dr. Benedicto da Costa que se tratava de mero aviso em que se procurou elucidar o alcance da doação do ato de Duarte Coelho, mas que não pode prevalecer diante do que prescreveu a lei de 1831, e nem ter a eficácia perante os princípios de direito público. “E nem seria lícito supor que, já em 1852, em pleno regime constitucional, um simples aviso tivesse força para derrogar a lei”, concluindo, então:

“Demais, como justamente salienta a Delegacia Fiscal, dos termos do aviso n.º 256, de 1852, se infere que o Poder Público, mandando respeitar o foral, quis significar apenas que não deveriam ser aforados os terrenos de marinha, compreendidos na doação, por terem sido destinados à servidão pública ou logradouros e, como tais, é que se achavam abrangidos pela lei de 15 de novembro de 1831”.

Essa Lei n.º 15, que regulamentava as marinhas e fortalecia o Aviso de 18.11.1818, tratava da situação dos terrenos que passaram posteriormente ao domínio da União, abrangendo:

“...tudo o que toca a água do mar e acresce sobre ela é da Coroa na forma da Ordenação do Reino...etc”

Logo, o ponto de vista exposto pelo ex-prefeito de Olinda, “*data venia*”, não parece ostentar consistência jurídica desse ato - se é que existe - nem se pode imaginar como seria possível o atendimento de um dos princípios fundamentais do registro imobiliário, o da continuidade, que determina o imprescindível encaideamento entre assentos pertinentes a um dado imóvel e as pessoas nele interessadas, sem a violação do devido processo legal.

Ora, mesmo que chancelado o Foral pelo Rei de Portugal, e depois, pelo Imperador do Brasil “em pessoa”, o ato registral estaria em conflito com o “*due process of law*”, depois de dissolvidas as Câmaras Municipais; e mais, considerando que a Vila de Olinda não chegou a ter existência como pessoa jurídica de direito público, antes da Constituição Republicana de 1891, ne-

nhuma reclamação do direito de senhorio poderia ser acolhida, mormente fora do perímetro urbano demarcatório dos limites da edibilidade vizinha, até porque antes desse suposto registro, o Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1º de Janeiro de 1917, já revogara, em seu art. 1807, todas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de Direito ali reguladas, notadamente quanto à constituição de qualquer tipo de enfiteuse (emprazamento, aforamento).

Logo, o Foral de Olinda constituído dos livros foreiros, a “Carta Foral” (cuja existência é contestada por notáveis historiadores), todo esse material, também chamado Tesouro de Olinda, constitui um acervo histórico e sociológico dos mais importantes – e que virou uma fonte de pesquisa sobre as relações sociais, econômicas e culturais e que concorre ao título de Memória do Mundo do Brasil (2008) -, merece toda a credibilidade, como fonte de consultas junto ao Arquivo Público de Olinda, embora, juridicamente, não tenha o valor que se lhe atribuem.

Em trabalho publicado na imprensa local, (Jornal do Commercio, 12/11/1999), o jornalista, historiador Leonardo Dantas Silva definiu, com brilhantismo, ponto de vista incontestável, resultante de suas pesquisas, que atestam não só o profundo conhecimento do assunto, tanto que hoje faz parte do Instituto Histórico e Arqueológico do Estado de Pernambuco - do qual foi membro o saudoso Prof. Mário Neves Baptista - como também o seu tirocínio de jurisconsulto da melhor qualidade, até porque, como se pode verificar da leitura abaixo, suas observações são indispensáveis à lúcida compreensão da matéria:

“Com o nome de Vila de Santo Antônio do Recife, por carta régia de 19 de novembro de 1709, o antigo Porto dos Arrecifes veio a ser separado de Olinda. A então Vila estava circunscrita às freguesias de São Pedro Gonçalves e Santo Antônio, área compreendida pelos atuais bairros do Recife, Santo Antônio e São José.

Como o passar dos séculos, através de aterros dos terrenos de alagados e de cursos d’água, foi o Recife crescendo em área. Somente em 1817, por provisão de 6 de dezembro, foram desmembrados do termo de Olinda, o bairro da Boa Vista e a povoação de Afogados. Por resolução da presidência do conselho, de 20 de maio de 1833, em obediência ao art. 3º do Código de Processo Criminal, foram unidas ao Recife às freguesias da Várzea, de Jaboatão e parte da de São Lourenço da Mata. Pela Lei provincial nº 117, de 8 de maio de 1843, foram separadas do termo de Olinda e incorporadas ao do Recife, a freguesia do Poço da Panela e a parte da Boa Vista que ainda lhe pertencia.

Em 1862, o município do Recife era composto pelas freguesias de São Pedro Gonçalves, Santo Antônio, São José, Boa Vista, Afogados, Muribeca, Poço da Panela, Várzea, Santo Amaro de Jaboatão e São Lourenço da Mata.

Durante a República, o município do Recife permaneceu com o seu território inalterado até 1919, quando, no Governo de Manoel Antônio Pereira Borba, o Congresso Legislativo do Estado de Pernambuco, pela Lei nº 1430, sancionada em 10 de junho de 1919, estabeleceu os novos limites com o município de Olinda. Por aquele diploma legal estabeleceu-se uma linha divisória a partir da Fortaleza do Buraco, “do marco subterrâneo colocado na raiz da molhe que nasce no Istmo de Olinda e limita a bacia do porto, por uma linha imaginária à ponte da Tacaruna”

(...) “até alcançar o marco divisório das propriedades Piaba e Jardim, próximo à margem do rio Paratibe; sobem, em seguida, o curso deste rio até a foz do riacho Cova da Onça, daí acompanhando os limites da propriedade desse nome até o marco do córrego Riacho Seco, ponto terminal da divisória dos dois municípios”. Em 1928, a Lei nº 1931, de 11 de setembro, que trata da nova divisão administrativa do Estado de Pernambuco, estabeleceu em seu artigo 3º o acréscimo do território do município do Recife, “pela anexação que lhe é feita dos distritos de Beberibe e do Arruda e os territórios do povoado de Coqueiral e de toda a vila de Tejiptió, excetuada a parte denominada de Sucupira, os dois primeiros desmembrados do município de Olinda e os dois últimos do de Jaboatão.”

De resto, como afirmo no aludido parecer, não há como se admitir a Supremacia Territorial, na extensão almejada por Olinda porque o Supremo Tribunal Federal já em 1905 definia que os Terrenos de Marinha são inerentes à Soberania Nacional, isto é, território da Nação, e não de outra entidade. A menos que a União venha a transferir, ou tenha transferido parcela territorial, pelo devido processo legal.

Á partir da decisão de 31 de janeiro de 1905, da Suprema Corte, ficou expresso que terras de marinha são bens da Nação, sobre os quais a União exerce um direito de soberania ou jurisdição territorial, impropriamente chamado, também, por extensão, domínio eminente, não podendo ser submetido a nenhum outro Poder, em virtude do próprio conceito de soberania.

Como assinala, ainda, o notável historiador Leonardo Dantas, não bastasse toda essa argumentação, a lei estadual nº 1.430, de 10 de junho de 1919, liquida uma vez por todas as atuais pretensões do Município de Olinda, ao preceituar, no seu art. 2º:

“os terrenos que, atualmente, pertencem a um dos municípios [Recife ou Olinda] e que, por este ato, passam para o outro, serão considerados “ipso facto” entregues a cada um dos municípios, para o qual foram transferidos, independentemente de mais formalidades, desde que for publicada a presente lei.”

# Redimensionar o direito do trabalho um imperativo decorrente dos influxos da sociedade pós-industrial

## Por Oton de Albuquerque Vasconcelos Filho

Advogado e Prof. Substituto das disciplinas Relações Trabalhistas e Legislação Social na UFPE. Mestre em Direito pela UFPE.

O Direito do Trabalho com alicerce no industrialismo foi definido como¹

(...) o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações individuais e coletivas que nascem entre empregadores privados – ou equiparados – e os que trabalham sobre sua direção e de ambos com o Estado, por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele.

E ainda² :

(...) o conjunto de normas jurídicas destinadas a regular as relações de trabalho entre patrões e operários e, além disso, outros aspectos da vida destes últimos, mas, precisamente, em razão de suas condições de trabalhadores.

E sobre uma outra roupagem³ :

(...) o ramo do direito constituído do conjunto de princípios e regras que definem o contrato de trabalho, seus sujeitos e objetos, os entes coletivos representativos das categorias econômica e profissional, e, ao mesmo tempo, disciplinam as relações individuais e coletivas oriundas da vinculação empregatícia entre os sujeitos, e entre estes e o Estado.

Este ramo do direito surgiu na modernidade por força da exploração do trabalho humano decorrente do estabelecimento do capitalismo hegemônico. O modelo de trabalho introduzido tinha como cerne o afazer vendido através de uma relação de subordinação.

Sobre o assunto Everaldo Gaspar Lopes de Andrade⁴, assim dispõe:

A Teoria Contratual, típica do voluntarismo individualista do Estado Liberal, justificou, então, duas perspectivas: labor e trabalho. A humanidade do labor surgiu quando a sociedade liberal burguesa pôde construir uma teoria nova, impulsionada pela luta operária e separada da Teoria Geral das Obrigações proveniente do Direito Civil que deu origem ao Direito do Trabalho. Mas um Direito dirigido ao interior das organizações produtivas, através do contrato individual de trabalho.

Este padrão rompeu o princípio maior das sociedades Antiga e Medieval, em que o trabalho que era sinônimo de dor e não dignificava o homem, pois retirava deste a possibilidade de ter uma vida contemplativa para o seu desenvolvimento cultural, científico e espiritual. No entanto, passou a ser o centro de referência da vida humana. Ganhou um status glorificador, de tal forma que outros subsistemas jurídicos, ex. vi, o penal tipificou o crime de vadiagem. Assim, não trabalhar passou a constituir crime.

Até a década de 80 do século XX, ainda permanecia, predominantemente, como ethos do Direito do Trabalho a relação de emprego⁵, tendo em vista que este ramo do sistema jurídico nasceu num contexto em que o seu alcance subjetivo envolvia, apenas, patrões e proletariado nas figuras dos empregados e empregadores.

Ainda no século XX, foram introduzidos outros sujeitos, mas, pela via de exceção, tais como o pequeno empreiteiro, o avulso e o portuário, para serem atingidos pela proteção inerente a este campo da ciência jurídica.

Durante quase dois centenários, o Direito do Trabalho concentrou-se exclusivamente em proteger os interesses inerentes às relações individuais de trabalho, mesmo quando a

proteção advinha de normas decorrentes do Direito Sindical ou Coletivo, uma vez que as normas produzidas por sentenças normativas, convenções e acordos coletivos tinham seu esteio na busca de melhorias das condições do trabalho subordinado.

Segundo Berman, invocando os fundamentos de Marx, Goethe e Dostoiévski, é impossível um sistema permanecer para sempre. O capitalismo produtivo com lastro no emprego tem desenvolvido uma crescente redução do trabalho subordinado, em face da introdução avassaladora da automação.

As estatísticas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) demonstram que os trabalhos que se fundamentam na relação de emprego encontram-se cada vez em menor escala, apesar dos esforços produzidos pelo Estado em mantê-los, valendo-se de mecanismos como o trabalho cooperativado, o de tempo parcial, entre outros.

Apesar de tal empenho, este órgão internacional já reconheceu que a tentativa de preservação do trabalho subordinado não tem surtido efeito, e o mau uso da flexibilização dos direitos trabalhistas tem provocado desequilíbrios. Já é reconhecido, inclusive, que as experiências vividas na Argentina, Colômbia e Peru no que concerne a flexibilização “aumentaram a informalidade, a precarização dos postos de trabalho com baixa remuneração e sem proteção social”<sup>8</sup>.

Dados citados por Everaldo Gaspar Lopes de Andrade, já em 1995<sup>9</sup>, fazendo referência ao diagnóstico do desemprego dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) -, constituídos da Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Islândia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, Suécia, Espanha, Suíça, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos, Japão, Finlândia, Austrália e Nova Zelândia, pesquisados em 1994, apresentavam os seguintes números.

#### DESEMPREGO (MILHÕES)

	81/90	91	92	93	94
Alemanha	2,1	2,6	3,0	3,9	4,4
Estados Unidos	8,2	8,4	9,4	8,9	8,4
Japão	1,5	1,4	1,4	1,7	1,8
Outras potências Européias	7,4	7,4	7,9	8,3	8,6
07 países mais ricos do mundo	20,3	21,2	23,3	24,4	24,7
Pequenos países da Europa	7,1	7,2	8,1	9,6	10,0
TOTAL DA OCDE	28,1	29,4	32,5	35,1	35,7

#### TAXA DE DESEMPREGO (% DA POPULAÇÃO ATIVA)

	81/90	91	92	93	94
Alemanha	7,1	6,7	7,7	10,1	11,3
Estados Unidos	7,1	6,7	7,4	7,0	6,5
Japão	2,5	2,1	2,2	2,5	2,6
Outras potências Européias	7,4	7,4	7,9	8,3	8,6
Européias	9,8	9,5	10,3	10,9	11,1
Pequenos países da Europa	10,0	9,6	12,6	12,5	12,9
TOTAL DA OCDE	7,5	7,2	7,9	8,5	8,6

1 GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. Revista e atualizada de acordo com a Constituição de 1988. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 9.

2 MORAES FILHO, Evaristo de. Introdução ao direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1982

3 MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista. 9. ed. Revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2000, p. 41.

4 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do trabalho e pós-modernidade – fundamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2005, p. 43.

5 Ibid, p. 55.

6 BERMAN, Marshal. Tudo que é sólido se desmancha no ar – a aventura da modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1986, p. 26.

7 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT lança Relatório Mundial de Emprego 2004 – Metade dos trabalhadores do mundo estão abaixo da linha da pobreza. Disponível na internet: [www.oit.org.br/news/nov/ler\\_nov.php?id=22](http://www.oit.org.br/news/nov/ler_nov.php?id=22) [11.10.2006].

8 MOREIRA, Juan Sommavia. OIT alerta para o déficit de emprego na América Latina. Jornal do Commercio, Recife, 03. mai. 2006. Economia, p.5.

Já em 2006, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) disponibilizou números que demonstram o aumento do desemprego no mundo “evidenciando que o forte crescimento econômico não pode compensar o aumento na quantidade de pessoas que procuram trabalho, sobretudo entre o grupo cada vez mais numeroso de jovens desempregados”<sup>10</sup>.

O Diretor Geral da Organização Internacional do Trabalho (OIT) afirma que o crescimento econômico por si só não é capaz de atender às necessidades mundiais de trabalho subordinado, mas produz um resultado atenuador de diminuição da pobreza em muitas nações.

Aduz também que<sup>11</sup>:

(...) apesar de ter havido o crescimento de 4,3 por cento do Produto Interno Bruto (PIB) mundial em 2005, somente 14,5 milhões dos mais de 500 milhões de trabalhadores

do mundo em condições de pobreza extrema conseguiram superar a linha de pobreza de 1 dólar/dia por pessoa.

Informa ainda<sup>12</sup>:

Segundo as estimativas oficiais, a taxa de desemprego permaneceu inalterada em 6,3 por cento, depois de haver diminuído por dois anos consecutivos. O número do total de desempregados se situou em 191,8 milhões de pessoas no final de 2005, um aumento de 2,2 milhões em relação a 2004 e de 34,4 milhões diante de 1995. A OIT destaca que apesar de existirem efetivamente mais pessoas “com trabalho”, ao mesmo tempo há mais desempregados do que nunca houve antes.

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) disponibilizou os números relativos à experiência brasileira nos últimos 16 anos<sup>13</sup>.



Fonte: IBGE/Pnad  
Nota: Os anos de 1991, 1994 e 2001 foram calculados por interpolação numérica

#### A TABELA NUMÉRICA PROPORCIONA UMA MELHOR VISUALIZAÇÃO

Ano	Taxa de desemprego	Taxa de desemprego de longo prazo	Participação do desemprego de longo prazo no total
1990	30,3	0,79	26,01
1991	4,21	1,36	32,32
1992	5,85	2,35	40,17
1993	5,30	2,34	43,99
1994	5,31	2,17	40,96
1995	5,24	2,02	38,58
1996	7,58	4,04	53,33
1997	6,83	3,09	45,20
1998	7,59	3,84	50,66
1999	8,49	4,45	52,38
2000	8,20	4,18	51,00
2001	7,92	3,93	49,67
2002	7,52	3,64	48,33
2003	8,31	4,14	49,83
2004	7,29	3,99	54,71
<b>Variação</b>	<b>4,26</b>	<b>3,20</b>	<b>28,70</b>

Verifica-se que, em 1990, a taxa de desemprego era de três por cento, ao passo que, no ano de 2004, este número foi elevado para 7,3 pontos percentuais.

Este largo crescimento da taxa de desemprego, segundo o referido instituto de pesquisa foi justificado pela “abertura da economia, a adoção de novas tecnologias, a vigência da nova Constituição e o aumento da carga tributária”<sup>14</sup>.

Segundo os relatos da doutora Kaioko Ueno<sup>15</sup>, os efeitos do desemprego no Japão têm atingido a eliminação da própria vida humana. Ao analisar as altas taxas de suicídio naquele país, a socióloga faz relação de proporcionalidade deste fenômeno num maior quantitativo em homens e relaciona na atualidade ao problema da inexistência de empregos.

Esta crescente taxa de desemprego não tem volta, segundo as estatísticas apontadas por órgãos, como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Organização Internacional do Trabalho (OIT), entre outros organismos internacionais. Neste aspecto, deverão, em nível mundial, ser propostos novos mecanismos capazes de conferir ao homem uma vida digna que não esteja necessariamente vinculada ao trabalho subordinado.

Diante de tal quadro, o caráter protetor inerente a este ramo do subsistema jurídico não pode atender, tão somente, às minorias, sob pena de perder sua finalidade. É que, com o advento da substituição do capital produtivo pelo capital financeiro, houve uma quebra deste modelo do Direito do Trabalho, posto que o trabalho subordinado, o emprego, encontra-se em mãos de menos de 50% (cinquenta por cento) da população economicamente ativa.

Os sujeitos a quem eram destinados à proteção do subsistema jurídico trabalhista – em regra – empregado e empregador constituem verdadeiras minorias. A sociedade Pós-industrial, em que a tecnologia se desenvolve numa velocidade inimaginável, faz desaparecer estas relações de emprego, conduzindo este quantitativo de seres humanos para o subemprego ou à classe dos não empregáveis.

A esse respeito, aduz Viviane Forrester<sup>16</sup>:

Não se sabe se é cômico ou sinistro, por ocasião de uma perpétua, irremovível e crescente penúria de empregos, impor a cada um dos milhões de desempregados – e isso a cada dia útil de cada semana, de cada mês, de cada ano – a procura (efetiva e permanente) desse trabalho que não existe. Obrigá-lo a passar horas, durante dias, semanas, meses e, às vezes, anos se oferecendo todo dia, toda semana, todo mês, todo ano, em vão, barrado previamente pelas estatísticas.

Diante deste estado de arte, é necessário que o caráter protetivo – razão da existência do Direito do Trabalho – alcance seus novos sujeitos, e, que os estudiosos do direito se vol-

tem para redimensionar o Direito Sindical para que por meio dele e das novas lutas emancipatórias, ser desencadeado o aparecimento de um novo sentido protetor.

Na atualidade, a negociação coletiva, gênero dos quais são espécies acordo e convenção coletiva de trabalho, como aparelhos de amparo, atinge parcialmente o seu real objetivo.

Mesmo assim, doutrinadores nacionais e internacionais parecem não ter acordado para este fenômeno, mantendo e conservando uma estrutura velha, ignorando a necessidade de se buscarem soluções capazes para atender as maiorias, envolvendo os que se encontram na exclusão.

Coletando obras de Direito do Trabalho, o presente estudo, constatou que, mesmo na contemporaneidade, o predomínio da pesquisa centra-se no Direito Individual do Trabalho. E, quando abordam o tema na perspectiva do Direito Sindical ou Coletivo tem-se uma visão também limitada, de caráter obreirista.

Efetivada observação a respeito foram analisadas obras de Direito do Trabalho oriundas de diversos países.

Na amostra alemã<sup>17</sup>, foram dedicadas quinhentos e uma páginas ao Direito Individual do Trabalho e cento e noventa e três, ao Direito Sindical. A porção argentina centrou-se no estudo do Direito Individual do Trabalho com duas mil cento e vinte e nove páginas, em contraponto a mil duzentos e quarenta e nove páginas de Direito Sindical.

As amostras brasileiras<sup>18</sup> somaram seis mil e vinte três páginas à pesquisa do Direito Individual do Trabalho e mil novecentos e quarenta, ao Direito Sindical. Os dados espanhóis pesquisados revelaram seiscentos e vinte e quatro

9 ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. Direito do trabalho – ensaios filosóficos. Vol. 1. São Paulo: LTr, 1995, 26.

10 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Desemprego continua aumentando e atinge mais os jovens. Disponível na internet: [www.oitbrasil.org/news/nov/ler\\_nov.php?id=1119](http://www.oitbrasil.org/news/nov/ler_nov.php?id=1119) [03.02.2006].

11 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. loc. cit.

12 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. loc. cit.

13 IPEA. Brasil: o estado de uma nação. Brasília: Ipea, 2006, p. 256.

14 IPEA. Brasil: o estado de uma nação. Brasília: Ipea, 2006, p. 257.

15 REVISTA ESPAÇO ACADÊMICO. O suicídio é o maior produto de exportação do Japão? Notas sobre a cultura de suicídio no Japão. Disponível na internet: <http://www.espacoacademico.com.br/044/44eueno.htm> [25.08.2006].

16 FORRESTER, Viviane. O horror econômico. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 14.

17 DÄUBER, Wolfgang. Derecho del trabajo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.

páginas tratando de Direito Individual do Trabalho e trezentos e quarenta e três referentes ao Direito Sindical. Na coleta francesa<sup>20</sup>, verificaram-se duzentos e sessenta e seis páginas relacionadas ao Direito Individual do Trabalho e cento e dez páginas escritas de Direito Sindical. Na única amostra inglesa<sup>21</sup>, observam-se quatrocentos e doze páginas referentes ao Direito Individual do Trabalho e vinte e cinco páginas relacionadas ao Direito Sindical. Os escritos italianos<sup>22</sup> apre-

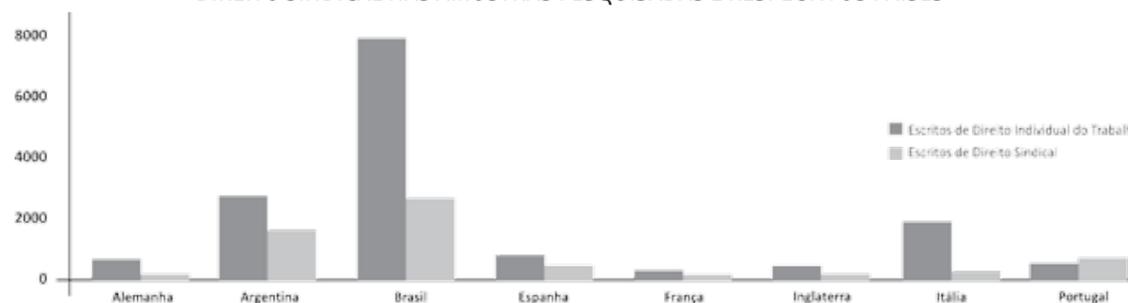
sentaram mil quatrocentos e oitenta e sete páginas aplicadas ao Direito Individual do Trabalho e trezentos e treze páginas, ao Direito Sindical.

Finalmente, a amostra portuguesa<sup>23</sup> dedicou quatrocentos e trinta e oito páginas ao Direito Individual do Trabalho e quinhentos e seis páginas, ao Direito Sindical.

GRÁFICO A  
GRÁFICO QUANTITATIVO DE AMOSTRAS PESQUISADAS E RESPECTIVOS PAÍSES



GRÁFICO B  
GRÁFICO REVELADOR DO NÚMERO DE PÁGINAS DEDICADAS AO ESTUDO DO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO E DIREITO SINDICAL NAS AMOSTRAS PESQUISADAS E RESPECTIVOS PAÍSES



Verifica-se, portanto, que é emergencial uma mudança no vértice do estudo do Direito do Trabalho no século XXI, sobretudo, no Direito Sindical. Modernamente não poderá ter suas bases centradas no modelo sindical de caráter obreirista, de matriz industrialista. Esta disciplina deverá ser moldada com o olhar para os trabalhadores em seu sentido amplo, genérico, ou seja, considerando os que se encontram vinculados por um elo de emprego, os que se encontram na informalidade, os não empregáveis e os desempregados. Esta ação constitui um imperativo e um desafio para juristas, filósofos, sociólogos, entre outros, para que seja conferido o cerne deste subsistema jurídico aos novos sujeitos do trabalho que emergiram da era pós-industrialista.

18 BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.; CATHARINO, José Martins. Compêndio

de direito do trabalho. Vols. 1 e 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.; \_\_\_\_\_. Tratado elementar de direito sindical: doutrina, legislação. 2. ed. São Paulo: LTr, 1982.; CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980.; DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.; GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.; MAGANO, Otávio Bueno. Manual de direito do trabalho – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998.; \_\_\_\_\_. Manual de direito do trabalho – direito individual do trabalho. V. II. São Paulo: LTr, 1980.; \_\_\_\_\_. Manual de direito do trabalho – direito coletivo do trabalho. V. III. São Paulo: LTr, 1980.; \_\_\_\_\_. Manual de direito do trabalho – direito tutelar do trabalho. V. IV. São Paulo: LTr, 1980.; MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2003.; MORAIS FILHO, Evaristo de. Introdução ao direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1982.; NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Teoria general del derecho del trabajo. São Paulo: LTr, 1999.; \_\_\_\_\_. Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Pau-

lo: Saraiva, 2003.; \_\_\_\_\_. Compêndio de direito sindical. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.; RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de direito do trabalho. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 1991.; \_\_\_\_\_. Princípios gerais de direito sindical. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.; SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

19 DACRUZ, Efrén Borrajo. B. Introducción al derecho del trábalo. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1994.; LERENO, J. P. Teoría general del derecho español de trabajo. Madrid: Espasa – Caepe, S.A., 1948.; LÓPEZ, Manoel Carlos Palomeque.; ROSA, Alvares De La. Derecho del trabajo. 5. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1997.

20 VERDIER, Jean Maurice. Droit du travail. 10. éd. Paris: Éditions Dalloz, 1996.

21 WEDDERBURN, Bill.. Labour law and freedom – further essays in labour law. London: Lawrence & Wishart, 1995.

22 GALANTINO, Luisa. Diritto del lavoro. 7. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.; GHEZZI, Giorgio.; ROMAGNOLI, Umberto. Il diritto sindacale. 4. ed. Bologna: Zanichelli Editore S. p. A., 1997.; \_\_\_\_\_. Il rapporto di lavori. 3. ed. Bologna: Zanichelli Editore S. p. A., 1997.; SCOGNAMIGLIO, Renato. Diritto de lavoro. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 1997.

23 FERNANDES, Antonio Monteiro. Direito do trabalho. 10. ed. Coimbra: Livraria Amedina, 1998.; PINTO, Mário. Direito do trabalho. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996

**Referências Bibliográficas:**

- BERMAN, Marshal. Tudo que é sólido se desmancha no ar – a aventura da modernidade. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- CATHARINO, José Martins. Compêndio de direito do trabalho. Vols. 1 e 2. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.
- \_\_\_\_\_. Tratado elementar de direito sindical: doutrina, legislação. 2. ed. São Paulo. LTr, 1982.
- CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. Direito Social. São Paulo: LTr, 1980.
- DACRUZ, Efrén Borrajo. Introducción al derecho del trábalo. 7. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1994.
- DÄUBER, Wolfgang. Derecho del trabajo. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- FERNANDES, Antônio Monteiro. Direito do trabalho. 10. ed. Coimbra: Livraria Amedina, 1998.
- FORRESTER, Viviane. O horror econômico. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1997.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- IPEA. Brasil: o estado de uma nação. Brasília: Ipea, 2006.
- LERENO, J. P. Teoría general del derecho español de trabajo. Madrid: Espasa – Caepe, S.A., 1948.
- LÓPEZ, Manoel Carlos Palomeque; ROSA, Alvares De La. Derecho del trabajo. 5. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1997.

- GALANTINO, Luisa. Diritto del lavoro. 7. ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.
- GHEZZI, Giorgio.; ROMAGNOLI, Umberto. Il diritto sindacale. 4. ed. Bologna: Zanichelli Editore S. p. A., 1997.
- \_\_\_\_\_. Il rapporto di lavori. 3. ed. Bologna: Zanichelli Editore S. p. A., 1997.
- MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2003.
- MAGANO, Otávio Bueno. Manual de direito do trabalho – Parte Geral. 3. ed. São Paulo: LTR, 1998.
- \_\_\_\_\_. Manual de direito do trabalho – direito individual do trabalho. V. II. São Paulo: LTr, 1980.
- \_\_\_\_\_. Manual de direito do trabalho – direito coletivo do trabalho. V. III. São Paulo: LTr, 1980.
- \_\_\_\_\_. Manual de direito do trabalho – direito tutelar do trabalho. V. IV. São Paulo: LTr, 1980.
- MARQUES DE LIMA, Francisco Meton. Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista. 9. ed. Revista e ampliada. São Paulo: LTr, 2000.
- MORAIS FILHO, Evaristo de. Introdução ao direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1982.
- MOREIRA, Juan Somavia. OIT alerta para o déficit de emprego na América Latina. Jornal do Comercio, Recife, 03. mai. 2006. Economia, p.5.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Teoria general del derecho del trabajo. São Paulo: LTr, 1999.
- \_\_\_\_\_. Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. Compêndio de direito sindical. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Desemprego continua aumentando e atinge mais os jovens. Disponível na internet: [www.oitbrasil.org/news/nov/ler\\_nov.php?id=1119](http://www.oitbrasil.org/news/nov/ler_nov.php?id=1119) [03.02.2006].
- \_\_\_\_\_. OIT lança Relatório Mundial de Emprego 2004 – Metade dos trabalhadores do mundo estão abaixo da linha da pobreza. Disponível na internet: [www.oit.org.br/news/nov/ler\\_nov.php?id=22](http://www.oit.org.br/news/nov/ler_nov.php?id=22) [11.10.2006].
- PINTO, Mário. Direito do trabalho. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1996.
- REVISTA ESPAÇO ACADÊMICO. O suicídio é o maior produto de exportação do Japão? Notas sobre a cultura de suicídio no Japão. Disponível na internet: <http://www.espacoacademico.com.br/044/44eueno.htm> [25.08.2006].
- RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de direito do trabalho. 4. ed. Curitiba: Juruá, 1991.
- \_\_\_\_\_. Princípios gerais de direito sindical. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Curso de direito do trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. Diritto del lavoro. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 1997.
- VERDIER, Jean Maurice. Droit du travail. 10. éd. Paris: Éditions Dalloz, 1996.
- WEDDERBURN, Bill. Labour law and freedom – further essays in labour law. London: Lawrence & Wishart, 1995.

# TJPE – 2º Grupo de Câmaras

## Agravo Regimental nº 01

Órgão Julgador: 2º Grupo  
 Agravante: Ministério Público do Estado de Pernambuco  
 Agravado: José Henrique Bezerra Fonseca  
 Relator subst. convocado: **Des. Fernando Eduardo Ferreira**

**RELATÓRIO:**

Processo recebido ontem neste Gabinete.

Funciono como relator substituto neste recurso mercê de convocação da Presidência deste Tribunal, feita na conformidade do “Ofício nº 542/08-PRE/SEJU”, de 29 de agosto último.

Agravo regimental tirado contra decisão da lavra do relator originário, o eminente Des. Eduardo Augusto Paurá Peres, concessiva da liminar almejada pelo aqui agravado no álbum do Mandado de Segurança nº 174356-6 (fls. 215/217 dos autos apensos).

Os fundamentos do ato judicial guerreado, assim como a síntese das razões desfiadas na peça de interposição deste agravo, serão adequadamente referidos quando do voto, se for o caso.

Não tendo exercido o juízo de retratação, submeto o feito a julgamento, independentemente de revisão e de inclusão em pauta, nesta primeira sessão deste 2º Grupo de Câmaras Cíveis subsequente à conclusão dos autos à minha relatoria substituta.

É a suficiente exposição.

**VOTO**

*Incompetência absoluta do Juízo – ilegitimidade passiva ad causam do primeiro requerido – suscitação de ofício*

José Henrique Bezerra Fonseca impetrou a ação mandamental de origem em impugnação de ato dito ilegal e arbitrário, por ele indistintamente atribuído ao “Exmº Procurador-Geral de Justiça do Estado de Pernambuco e à Exmª Srª Presidente da Comissão do Concurso Público para o cargo de Promotor de Justiça e Promotor de Justiça Substituto do Ministério Público do Estado de Pernambuco”, consistente no indeferimento de sua inscrição preliminar ao referido concurso público de provas e títulos (fl. 02 dos apensos).

Na peça de impetração afirma que, nada obstante tenha adotado as medidas versadas no Edital do certame para a realização de sua inscrição preliminar, para “sua surpresa, no entanto, no dia 17/07/08 foi publicado o Edital de Inscrições Preliminares nº 003/2008 (Doc 07), onde constaram cerca de 4.000 (quatro mil) indeferimentos de inscrições preliminares, dentre os quais o do ora impetrante... (...). Inconformado com tal decisão, em 22/07/08 o impetrante entrou com recurso administrativo contra a mesma, recurso esse tempestivo, haja vista haver sido interposto dentro do prazo previsto no aviso nº 002/2008 anexo (Doc. 08 e 09). (...) Mais uma vez e sob a mesma justificativa, e sem qualquer amparo legal, os impetrados através do Edital de Divulgação dos Recursos das inscrições Preliminares nº 005/2008 (doc. 12), de 14/08/08, indeferiram o recurso interposto, sob o mesmo argumento anteriormente esposado...” (fl. 03 dos apensos).

Sucedo, porém, como há poucos dias tive ensejo de discorrer alhures, vale dizer, nos autos do MS nº 174656-1, que os dois únicos atos relativos ao aludido vestibular até já praticados pelo primeiro impetrado, o Procurador Geral de Justiça, ambos, por sinal, ocorridos no mesmo dia 15.04.2008,

consistiram (i) na subscrição do Edital de sua abertura, sob nº 001/2008 (fls. 24/47), e (ii) na emissão da “PORTARIA POR-PGJ Nº 403/08”, pela qual delegou a Presidência da Comissão do Concurso “à Belª NELMA RAMOS MACIEL QUIOTTI, Procuradora de Justiça, sem prejuízo de suas atuais atribuições” (conf. cópia cuja juntada a estes autos determinei em despacho autônomo).

Nada mais!

Pelo que, à evidência, Sua Excelência não integra citada Comissão do Concurso. Aliás, a bem da verdade, à exceção da delegação feita à sua colega do MPPE, o Procurador Geral de Justiça sequer nomeou os demais integrantes do referido colegiado, sobre o qual, destarte, não detém a mínima possibilidade de ingerência. Explico.

O ato impugnado na ação principal foi praticado pelo órgão auxiliar do Ministério Público, como o é a Comissão do Concurso, “**no uso de suas atribuições**”. Atribuições essas, inclusive, **por imperativo da Lei Complementar Estadual nº 12/1994 (LOEMP)** estabelecidas como segue (observadas as alterações ditadas, sucessivamente, pela LCE nº 21/1998 e pela LCE nº 57/2004):

“Art. 7º - Integram a estrutura organizacional do Ministério Público:  
(...)”

IV – como órgãos auxiliares do Ministério Público:  
(...)”

c) a Comissão de Concurso;  
(...)”

Art. 26 – À Comissão de Concurso, órgão auxiliar de natureza transitória, incumbe realizar a seleção de candidatos ao ingresso na carreira do Ministério Público, observado o disposto no art. 129, § 3º, da Constituição Federal.

§ 1º - A Comissão de Concurso será integrada pelo Procurador Geral de Justiça, seu Presidente, por outro membro do Ministério Público, sendo este e o suplente, escolhidos na forma do art. 14, inciso III desta Lei e por um representante da ordem dos Advogados do Brasil, indicado, com o respectivo suplente, pela Seccional de Pernambuco.

§ 2º O Procurador Geral de Justiça poderá delegar a Presidência da Comissão de Concurso a membros do Ministério Público estadual”.  
Ora, precisamente em razão desses comandos legais o

Conselho Superior do MPPE fez editar a “RESOLUÇÃO RES-CSMP Nº 001/2008” para estabelecer o “**REGULAMENTO DO CONCURSO PARA INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO**”, como no ponto também reproduzo:

#### “Da Comissão do Concurso

**Art. 15.** A Comissão do Concurso, órgão auxiliar de natureza transitória, com atribuição de selecionar candidatos ao ingresso na carreira, será integrada pelo Procurador Geral de Justiça, seu Presidente, por outro membro do Ministério Público, sendo este e o suplente, escolhidos na forma do art. 14, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 12/94, com as alterações da Lei Complementar Estadual nº 21/98, e da Lei Complementar Estadual nº 57/04, e por um representante da ordem dos Advogados do Brasil, indicado, com o respectivo suplente, pela Seccional de Pernambuco.  
(...)”

**Art. 16.** Compete à Comissão do Concurso:

I – processar a tramitação do Concurso;  
(...)”

**Art. 28, § 4º** - A Comissão do Concurso constitui única instância para recurso, sendo soberana em suas decisões, podendo, para tanto, valer-se de parecer da empresa especializada ou entidade educacional encarregada de operacionalizar o concurso, razão pela qual não caberão recursos adicionais.  
(...)”

**Art. 36.** A Comissão do Concurso resolverá os casos omissos e as dúvidas de interpretação desta Resolução” (fls. 14/23).

Pois bem.

De seu turno, também no quanto aqui interessa o vestibular regulamentado pela aludida Resolução RES-CSMP nº 001/2008 tem na sua lei interna, vale dizer, no Edital de sua abertura, as seguintes normas correspondentes à **competência exclusiva** da Comissão do Concurso para “processar a tramitação do Concurso”:

“6.2. A Comissão do Concurso publicará, no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, as Inscrições preliminares deferidas e indeferidas, e disponibilizadas no site [www.concursosfcc.com.br](http://www.concursosfcc.com.br).  
(...)”

#### VI – DO RECURSO

1. Serão admitidos recursos quanto:  
a) ao indeferimento da inscrição preliminar;

(..)

3. Os recursos deverão ser dirigidos ao Presidente da Comissão do Concurso e entregues no protocolo da Secretaria do Concurso, sito à Rua do Imperador D. Pedro II, nº 473, Santo Antônio, Recife, PE.

(...)

8. A Comissão do Concurso constitui única instância para recurso, sendo soberana em suas decisões, podendo, para tanto, valer-se de parecer da Comissão Examinadora, razão pela qual não caberão recursos adicionais” (fls. 24/47).

Nesse contexto de ordem legal, então, ao menos quatro conclusões emergem insuperáveis:

**1)** em observância a comando normativo, o primeiro impetrado por nenhum modo concorreu para o indeferimento da inscrição preliminar do agravado, que é o ato impugnado no writ;

**2)** na conformidade do “Edital de Inscrições Preliminares nº 003/2008” (fl. 52) e do “Edital de Divulgação dos Recursos das Inscrições Preliminares nº 005/2008” (fl. 203), esse ato, consistente, repito, no indeferimento da inscrição preliminar e, sucessivamente, na confirmação desse indeferimento mercê do desprovimento do recurso administrativo, foi praticado, exclusivamente, pela Comissão de Concurso, “no uso de suas atribuições” estabelecidas pela antes em parte transcrita lei complementar;

**3)** a Comissão de Concurso não é hierárquica e imediatamente subordinada ao impetrado (até porque, como manda a lei, é integrada por membro estranho ao quadro do MPPE, no caso, o advogado “GILBERTO MARQUES DE MELO LIMA, Membro da Comissão de Concurso, Representante da OAB/Secção de PE”) – fls. 198, 199 e 206;

**4)** disso tudo resultando que, para além de sequer ter tido possibilidade de legalmente intervir, junto à Comissão de Concurso, com vista à prática ou não do ato questionado, o Exmº Procurador Geral de Justiça não tem competência ou atribuição, nem mesmo mínima possibilidade, de rever – ou de refazer – esse ato impugnado no processo de origem.

Destarte, em caso de pertinência ímpar a este ora analisado, muito recentemente, isto é, em março deste 2008, o Superior Tribunal de Justiça definiu: “A legitimidade passiva da autoridade apontada como coatora deve ser reconhecida de acordo com a possibilidade que esta detém de rever o ato denominado ilegal, omissivo ou praticado com abuso de poder. In casu, o ato coator, bem como a correção da ilegalidade não se vincula ao Comandante da Polícia Militar” (STJ-5ª T., RMS 25208/SC, rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJU de 05.05.2008).

No mesmo sentido, no aspecto ora agitado:

“Autoridade coatora, para fins de mandado de segurança, é aquela que pratica, ordena ou omite a prática do ato impugnado e tem poderes para refazê-lo. No caso, o Diretor-Geral da Escola de Administração Fazendária – ESAF deve ser excluído da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, uma vez que o ato tido por ilegal não foi por ele praticado nem pode ser por ele reparado, uma vez que a convocação dos candidatos classificados é, nos termos do edital, da competência do Ministério da Ciência e Tecnologia” (STJ-Terceira Seção, MS 9933/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, v.u., DJU de 06.03.2006).

Por igualmente recente e realmente pedagógico sobre o tema, colho o seguinte aresto:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO HIERÁRQUICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AGRAVO DESPROVIDO.

I – No caso, cabe ao Centro de Seleção e promoção de Eventos (CESPE) elaborar as questões da prova do concurso e julgar os respectivos recursos administrativos.

II – Insurgindo-se o mandado de segurança contra ato de atribuição do CESPE/FUB (conteúdo de questão de concurso em contraste com normas do edital), o e. Desembargador Presidente da Comissão do Concurso não deve figurar como autoridade coatora.

III – Além da manifestação acerca do mérito do mandamus por parte da autoridade apontada coatora, exige-se, para fins de aplicação da ‘teoria da encampação’, vínculo hierárquico imediato entre aquela autoridade e a que deveria, efetivamente, ter figurado no feito.

IV – In casu, não existe relação de hierarquia entre o e. Desembargador Presidente da Comissão do Concurso e o CESPE/FUB. Agravo regimental desprovido” (STJ-5ª

T., AgRg no RMS 24116/AM, rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJU de 02.06.2008)

Assim evidenciada a inequívoca autoria – colegiada – do ato comissivo questionado no MS originário, por ele (ou para seu eventual desfazimento) deve responder a outra autoridade averbada coatora, ou seja, a Exm<sup>a</sup> Procuradora de Justiça Nelma Ramos Maciel Quaiotti, na qualidade de Presidente da Comissão de Concurso. Confirmando:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PROCURADOR DO ESTADO. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PROCURADOR-GERAL. PRESIDÊNCIA DA COMISSÃO DO CERTAME.

Em sede de mandado de segurança impetrado com o objetivo de impugnar decisão da Comissão do Concurso Público para Provimento no Cargo de Procurador de Estado, o Procurador-Geral, na condição de Presidente da referida Comissão, tem legitimidade passiva para responder pelos atos da integralidade dos membros desta. Recurso provido” (STJ-6<sup>a</sup> T., RMS 6152/RN, rel. Min. Vicente Leal, v.u., DJU de 26.02.1996).

Sucede, porém, que, sob a égide da norma estampada na alínea “a” do n<sup>o</sup> 1 do art. 24 do RITJPE, este Grupo de Câmaras Cíveis não é competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato atribuível a essa segunda autoridade impetrada. Muito menos como Presidente de órgão auxiliar do MPPE.

Destarte, não se argumente que, devendo responder pela prática do indigitado ato enquanto Presidente da Comissão de Concurso por delegação do Procurador-Geral de Justiça, e sendo este órgão fracionário, pela citada regra doméstica, competente para processar e julgar writ impetrado contra ato do aludido delegante, por tabela ou via de consequência estabelecida estaria a questionada competência na espécie. Isso porque:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Entendimento da Seção de Direito Público, no sentido de que o Ministro de Estado só é parte legítima para figurar como autoridade coatora, quando pratica pessoalmente o ato impugnado.

2. Se o ato é praticado por delegado seu, não há legitimidade do Ministro de Estado, cuja indicação trouxe para esta Corte a competência para o processamento e julgamento.

3. Resultado de licitação assinada pelo Presidente da Comissão, que também figura no pólo passivo, leva a competência do mandamus à Justiça Federal de primeiro grau.

4. Extinção do processo sem exame do mérito por carência de ação” (STJ-Primeira Seção, MS 6669/DF, rel. Min. Eliana Calmon, v.u., DJU de 13.08.2001).

De outra banda, ainda que algum menos ortodoxo intérprete-aplicador da norma possa entender que, no caso sub judice, a delegação realmente feita pelo Procurador-Geral de Justiça não lhe retira a legitimidade para figurar como requerido na ação originária, isso por entender que a eminente Procuradora de Justiça delegatária terá atuado em nome do delegante, ainda assim não há falar em competência deste Grupo de Câmaras Cíveis para processar e julgar a pretensão mandamental.

É que, como antes deixei assentado, o ato impugnado alhures é de responsabilidade de órgão auxiliar do MPPE, a Comissão de Concurso, cuja Presidência por lei é reservada ao Procurador-Geral de Justiça, embora também por lei possa por ele ser delegada. De modo que, na hipótese imediatamente acima aventada, de irrelevância da delegação ocorrida, Sua Excelência poderia ser chamado para eventual desfazimento do ato por ser o Presidente natural do colegiado que o praticou. Ainda para essa hipótese, todavia, o Supremo Tribunal Federal desde sempre tem entendido que:

“COMPETÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DE MINISTRO DE ESTADO PRATICADO NA QUALIDADE DE PRESIDENTE DE ÓRGÃO COLEGIADO – JUÍZO FEDERAL X SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

À luz do disposto no artigo 105, inciso I, alínea ‘b’, da Constituição Federal, a competência do Superior Tribunal de Justiça em mandado de segurança pressupõe a posição do Ministro de Estado, como autoridade coatora, considerado o ato, comissivo ou omissivo, ligado à atividade específica que exerça, inerente ao cargo, ou seja, a atuação, em si, como Ministro de Estado, a integrar a mais alta equipe de assessores do Presidente da República. Tratando-se de procedimento relativo a órgão colegiado, como é o caso do Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, do qual o Ministro do Trabalho é presidente por força do disposto no § 1<sup>o</sup> do artigo 3<sup>o</sup> da Lei n<sup>o</sup> 8.036/90, a competência para processar e julgar o mandado de segurança é do Juízo Federal. Precedente: recurso em mandado de segurança n<sup>o</sup> 10.078-DF, Pleno do Supremo Tribunal Federal, redator designado Ministro Pedro Chaves, julgado em 22 de agosto de 1962, publicado na Revista Trimes-

tral de jurisprudência n<sup>o</sup> 28, páginas 90 a 92” (STF-2<sup>a</sup> T., RMS n<sup>o</sup> 21560/DF, rel. Min. Marco Aurélio, v.u., DJU de 18.12.1992).

Por isso que, com a grife de sua Primeira Seção, o Superior Tribunal de Justiça também de há muito proclama: “MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA. ATO ATRIBUÍDO A MINISTRO DE ESTADO NA QUALIDADE DE PRESIDENTE DE ÓRGÃO COLEGIADO. JUÍZO FEDERAL. Compete ao Superior Tribunal de Justiça, por força da norma constitucional, processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato de Ministro de Estado ligado à sua atividade específica. Quando se trata de ato de Ministro praticado na qualidade de presidente de Órgão Colegiado, a competência é do Juízo Federal” (STJ-1<sup>a</sup> Seção, MS n<sup>o</sup> 1699/DF, rel. Min. Hélio Mosimann, v.u., DJU de 08.03.1993).

Tanto é assim que, hoje, a matéria consubstancia o Enunciado n<sup>o</sup> 177 da Súmula da Jurisprudência Dominante do Superior Tribunal de Justiça (“O Superior Tribunal de Justiça é incompetente para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de órgão colegiado presidido por Ministro de Estado”).

Tollitur quaestio, conforme convicto me encontro.

Motivo pelo qual, por consubstanciar tema de ordem pública, sob os auspícios da norma escrita no art. 113 do CPC a incompetência absoluta deste órgão fracionário para processar e julgar o mandado de segurança primitivo pode – e deve –, agora, ser declarada de ofício. De modo a, mercê do chamado efeito expansivo objetivo externo que de conseguinte adornará a decisão positiva que se dê a esta arguição relatorial, pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva ad causam do Exm<sup>o</sup> Procurador-Geral de Justiça extinguir-se dita ação principal sem resolução de mérito (e sem carga sucumbencial) quanto a essa primeira nomeada autoridade coatora e, ato contínuo, determinar-se a remessa dos autos correspondentes ao processo – por distribuição – a uma das Varas da Fazenda Pública da Capital, local onde se situa a sede funcional da outra autoridade impetrada, fazendo-se as anotações de baixa nos registros correspondentes nesta Casa.

Resta referir, apenas, conforme penso, a decorrente desconstituição ou ineficacização, por nulidade, da liminar vergastada neste agravo do regimento, sem dúvida, então, prejudicado.

É que o comando normativo estampado no § 2<sup>o</sup> do agitado art. 113 do CPC não proporciona margem para tergiversação: “Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”. Convindo anotar que, a respeito da contundência desse comando normativo, recentemente, e por unanimidade, em caso rigorosamente parelho a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça decretou que:

“AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. NULIDADE (ART. 113, § 2<sup>o</sup>, CPC).

I – A declaração de incompetência absoluta, com a determinação de remessa dos autos à justiça competente, acarreta a declaração de nulidade de todos os atos decisórios, só se aproveitando os demais atos processuais que não causarem prejuízos às partes.

II – Na espécie, não pode subsistir a liminar anteriormente concedida se decisão posterior reconheceu a incompetência absoluta deste e. Superior Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento do mandado de segurança e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal de primeira instância (art. 113, § 2<sup>o</sup>, Código de Processo Civil). Agravo regimental desprovido” (STJ-Terceira Seção, AgRg no MS 11254/DF, rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJU de 13.11.2006).

No mesmo sentido: STJ-6<sup>a</sup> T., RMS 16376/RS, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, v.u., DJU de 03.12.2007.

Nesses precisos termos até já colocados, é como voto, em suscitação ex officio.

**Des. Fernando Eduardo Ferreira**  
Relator Substituto

# TRT da 6ª Região - 2ª Turma

Proc. nº 00038-2007-001-06-0

Órgão Julgador: 2ª Turma

Relatora: **Des. Eneida Melo Correia de Araújo**

Recorrente: Qualix Serviços Ambientais LTDA.

Recorrido: André Luiz de Oliveira Silva

Procedência: 1ª Vara do Trabalho do Recife – PE

**EMENTA: COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO PRÉVIA AO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INDEVIDA.** Não é condição para o ajuizamento de Reclamação Trabalhista a submissão prévia da demanda à Comissão de Conciliação Prévia, autorizando a extinção do processo sem resolução do mérito. A interpretação a ser conferida ao art. 625-D, da CLT deve ser teleológica, à luz da Constituição da República. E a Lei Maior do País assegura o amplo acesso ao judiciário, conforme regra contida no art. 5º, XXXV e LV. Os poderes que a ordem jurídica atribui às figuras da Comissão de Conciliação Prévia e do Núcleo Intersindical de Negociação Trabalhista devem ser interpretados de acordo com a Norma Fundamental. Ademais, toda a hermenêutica dirigida aos direitos sociais contidos no ordenamento jurídico precisa repousar nos valores sociais do trabalho e no respeito e prevalência da dignidade do homem trabalhador, sob pena de não ser conferida a indispensável efetividade aos fundamentos e objetivos traçados na Constituição Republicana, arts. 1º e 3º. E o processo, por sua vez, é instrumento de realização do direito, não se conformando com excesso de formalismo que possa traduzir, em última instância, a negação do próprio direito material. Clama o processo por efetividade, concreção, jurisdição plena. Ao processo cabe assegurar a eficácia do princípio do pleno acesso ao judiciário, com o que também estará garantindo o respeito à dignidade do homem. Sendo assim, esses entes intermediários – Comissão de Conciliação Prévia e Núcleo

Intersindical de Negociação Trabalhista -, previstos na CLT, devem servir de mediação, de instrumento que facilite o diálogo entre as classes sociais, entre empregadores e empregados, justamente para se compatibilizar com dois fundamentos da Carta Republicana: os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Jamais deve ser compreendido como mecanismo de inibição e retardamento da prestação jurisdicional. Recurso Ordinário ao qual se nega provimento.

Vistos etc.

Trata-se de Recurso Ordinário interposto por **QUALLIX SERVIÇOS AMBIENTAIS LTDA.** em face de Decisão proferida pela MM. 1ª Vara do Trabalho do Recife – PE, que julgou procedentes em parte os pedidos formulados nos autos da Reclamação Trabalhista ajuizada por **ANDRÉ LUIZ DE OLIVEIRA SILVA**, contra a Recorrente, nos termos da fundamentação de fls 207-212.

Em suas razões recursais às fls. 224-234, a Reclamada alega que o Reclamante não juntou à petição inicial a declaração de malogro de tentativa de conciliação perante a Comissão de Conciliação Prévia criada no âmbito da empresa, o que impede a formação válida e regular do processo, consoante art. 267, IV, do CPC. Requer a extinção do feito sem julgamento do mérito, invocando em sua defesa o comando dos arts. 794, da CLT e 5º, LIV e LV, da Constituição da República. Objetiva a reforma da Sentença, a fim de ser declarada a eficácia

liberatória do Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, excluindo-se do condeno as parcelas rescisórias, com base na previsão da Súmula 330 do TST. Alega que houve regularidade no pagamento das horas extras, adicional noturno e dobras dos domingos, conforme controles de jornada e recibos apresentados nos autos, explicando que o fechamento da folha ocorre no dia 19 do mês, razão pela qual não coincidem as horas extras anotadas no mês, com o correspondente contracheque do período. Em face do expendido, requer a exclusão dessas parcelas da condenação. Pleiteia, também, reexame quanto ao deferimento das diferenças do repouso remunerado incidentes sobre os títulos que a geraram, sob pena de configurar-se hipótese de salário infinito. Afirma que improcede, também, o deferimento de diferenças de depósitos do FGTS, porquanto efetuou todos os depósitos do lapso contratual, requerendo, para efeito de serem evitados prejuízos às partes, que sejam apurados eventuais valores em liquidação, sendo permitida a comprovação documental da exatidão dos referidos depósitos, bem como de possíveis saques, com expedição de ofício à Caixa Econômica Federal, para fornecimento do respectivo extrato analítico. Pretende, outrossim, que seja expurgado do condeno o pagamento do labor intrajornada, à vista de ausência de prova nesse sentido e ainda porque o trabalho realizado em tal lapso não é considerado hora extra. Por fim, pleiteia a reforma do julgado quanto aos honorários advocatícios, alegando que não foram comprovados os requisitos exigidos na Lei nº 5.584/70, divergindo do entendimento sedimentado nas Súmulas 219 e 329 do TST.

O Recorrido aduziu contra-razões às fls. 239-244.

É o relatório.

## VOTO

### Admissibilidade

O Apelo foi interposto de forma tempestiva e firmado por profissional devidamente habilitado para tal fim, consoante demonstra a outorga de fl. 36 dos autos.

O preparo foi realizado às fls. 235/237.

As contra-razões também foram oferecidas tempestivamente e subscritas por advogada habilitada, conforme instrumento de fl. 08.

Considero, pois, satisfeitos todos os pressupostos, extrínsecos e intrínsecos, de admissibilidade recursal, razão por que conheço do apelo e das contra-razões.

### Mérito

#### Submissão da demanda à Comissão de Conciliação

#### Prévia. Nulidade processual. Extinção do processo sem julgamento do mérito

Tratando-se de matéria exposta ao crivo da Vara do Trabalho, renovada em razões recursais, será analisada como o próprio mérito do apelo.

A Recorrente alega que o Reclamante não juntou à petição inicial a declaração de malogro de tentativa de conciliação perante a Comissão de Conciliação Prévia criada no âmbito da empresa, o que impede a formação válida e regular do processo, consoante art. 267, IV, do CPC.

Requer a extinção do feito sem julgamento do mérito, invocando em sua defesa o comando dos arts. 794, da CLT e 5º, LIV e LV, da Constituição da República.

Renova a Recorrente pedido de nulidade processual, por cerceamento do direito de defesa,

Rejeito a pretensão da Recorrente.

Entendo não ser condição para o ajuizamento de Reclamação Trabalhista a submissão prévia da demanda à Comissão de Conciliação Prévia, sob pena de não ser conhecida a ação.

A interpretação a ser conferida ao art. 625-D, da CLT deve ser teleológica, à luz da Constituição da República. E a Lei Maior do País assegura o amplo acesso ao judiciário, conforme regra contida no art. 5º, XXXV e LV.

Os poderes que a ordem jurídica atribui às figuras da Comissão de Conciliação Prévia e do Núcleo Intersindical de Negociação Trabalhista não têm a amplitude conferida pela Magistrada de primeira instância, devendo a ordem infraconstitucional guardar adequação com a Norma Fundamental.

Ademais, toda a interpretação conferida aos direitos sociais contidos no ordenamento jurídico precisa repousar nos valores sociais do trabalho e no respeito e prevalência da dignidade do homem trabalhador, sob pena de não ser conferida a indispensável efetividade aos fundamentos e objetivos traçados na Constituição Republicana, arts. 1º e 3º.

E o processo, por sua vez, é instrumento de realização do direito, afastando-se de excesso de formalismo que possa traduzir, em última instância, a negação do próprio direito material. Clama o processo por efetividade, concreção, jurisdição plena. Ao processo cabe assegurar a eficácia do princípio do pleno acesso ao judiciário, com o que também estará garantindo o respeito à dignidade do homem.

Sendo assim, a criação desses entes intermediários – Comissão de Conciliação Prévia e Núcleo Intersindical de

Negociação Trabalhista -, previstos na CLT devem ser de mediação, de instrumento que facilite o diálogo entre as classes sociais, entre empregadores e empregados, justamente para se compatibilizar com dois fundamentos da Carta Republicana: os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa. Jamais deve ser compreendido como mecanismo de inibição e retardamento da prestação jurisdicional.

Temos exemplo de igual posicionamento deste Tribunal nos seguintes julgados:

PROC. Nº. TRT- 02533-2006-101-06-00-1 (RO)  
Órgão Julgador: 3ª Turma

Relatora : Desª Gisane Barbosa de Araújo

Recorrente : NORDESTE SEGURANÇA ELETRÔNICA S.A.

Recorrido: SEVERINO RAMOS DE AQUINO

Advogados: Kelma Carvalho de Faria e Ana Patrícia Junqueira Ayres

Procedência: 1ª Vara do Trabalho de Olinda-PE

**EMENTA: I - DA AUSÊNCIA DE SUBMISSÃO DA DEMANDA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EXISTÊNCIA DESTA NÃO DEMONSTRADA.** A ausência de submissão da demanda à Comissão de Conciliação Prévia, como previsto no art. 625-D, da CLT, não deve levar à extinção do processo sem resolução de mérito, por não representar a melhor solução para a lide, principalmente levando-se em consideração os princípios da celeridade e da efetividade processual, além da mens legis do art. 625 – D, Consolidado. Na hipótese dos autos, a questão restou superada, pois a reclamada sequer demonstrou a existência da respectiva comissão, na localidade da prestação de serviço. Ademais, houve tentativas de conciliação propostas pelo Juízo e recusadas pelas partes, pelo que a repetição de atos em relação aos quais não se vislumbra êxito, não atende ao espírito da lei em comento.

**II - HORAS EXTRAS - DETERMINAÇÃO DE JUNTADA DE CONTROLES DE PONTO.** - Em face do disposto no art. 359, CPC e Enunciado nº. 338, TST, havendo a determinação de juntada dos cartões de ponto, opera-se a inversão do ônus da prova. O horário informado pelo reclamante, em sua inicial, passa a ser o presumido, quando não forem juntados controles de ponto, cabendo à reclamada elidir tal presunção. Não apresentados os registros de horário, deve ser tomada como verdadeira a jornada declinada pelo autor.

**III – ADICIONAL DE PERICULOSIDADE** consagrado ao empregado posto que, no desempenho de suas atividades, ingressava, de forma habitual e intermitente, em área de risco grave e eminente, de energização, conforme demonstrado através de prova pericial. Julgamento em consonância com a súmula nº. 364 e OJ nº. 324 da SDI-I, do TST.

**IV - DOS HONORÁRIOS PERICIAIS** - Para se fixar os honorários periciais deve-se considerar a complexidade e

qualidade do laudo. Diante da matéria objeto da perícia, o valor arbitrado corresponde à justa remuneração do expert..

V - Recurso ordinário improvido.

Data de publicação: 16/10/2007

PROCESSO Nº TRT – 01203-2002-006-06-00-9 (RO - 991/03)  
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª TURMA

JUIZ RELATOR: VALDIR JOSÉ SILVA DE CARVALHO

RECORRENTE: MASTER BOI LTDA.

RECORRIDO: JAIR PEREIRA DA SILVA

PROCEDÊNCIA: 6ª VARA DO TRABALHO DO RECIFE/PE

ADVOGADOS: WALDEMAR DE ANDRADA IGNÁCIO DE OLIVEIRA; JOSÉ ANDRÉ DA SILVA FILHO

**EMENTA : CONDIÇÃO DA AÇÃO.** SUBMISSÃO DA CAUSA À COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. PRELIMINAR REJEITADA. Não é condição para aforamento da ação trabalhista a submissão da causa à Comissão de Conciliação Prévia, sob pena de ferir, visceralmente, não só o inciso XXXV, do artigo 5º, da Carta Política Nacional, mas, principalmente, o inciso I, do citado preceito constitucional, ao conferir tratamento desigual entre os iguais, uma vez que sendo facultativa a instituição de tais comissões, estaríamos diante de norma de caráter processual de abrangência limitada, não universal, o que é repellido pelo arcabouço jurídico-constitucional do País.

Data de publicação: 27/08/2003

Ressalto que decisão em contrário é que afrontaria o disposto no art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República, inexistindo qualquer nulidade a ser declarada com base no art 794, da CLT.

Nego provimento.

**Eficácia Liberatória do Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho. Aplicação da Súmula 330 do Tribunal Superior do Trabalho**

Objetiva a Recorrente a reforma da Sentença, a fim de ser declarada a eficácia liberatória do Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho, excluindo-se do condeno as parcelas rescisórias, com base na previsão da Súmula 330 do TST.

Improspera o seu apelo. Este não é o alcance pretendido pelo citado verbete sumular.

Assim estabelece a Súmula 330 do Tribunal Superior do Trabalho:

**Súmula do Tribunal Superior do Trabalho Nº 330** “Quitação. Validade - Revisão do Enunciado nº 41 - Com redação dada pela Resolução 108/2001 - DJ 18.04.2001. A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com obser-

vância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas.

**I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que essas constem desse recibo.**

**II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.”** (Res. 22/1993 DJ 21-12-1993)

O outro aspecto fundamental é o de que a Constituição da República consagrou em seu art. 5º, XXXV, o princípio do acesso pleno, não condicionado, do cidadão à Justiça. Diferentemente da Carta Magna anterior que continha, em seu bojo, a jurisdição condicionada, a atual ampliou-a, assegurando a apreciação até mesmo pela mera ameaça de direito. Ademais, quando quis manter uma instância administrativa o fez, como no caso dos Tribunais Desportivos ou, ainda, ao conferir às Categorias Profissionais e Econômicas, via negociação coletiva, a obrigação de tentarem a conciliação ou a escolha de árbitros antes de ajuizar dissídio coletivo (§§ 1º. e 2º. do art. 114 da Constituição Federal).

Assim, o acesso ao Judiciário não pode ser restringido materialmente pela simples existência de homologação das verbas rescisórias nos moldes exigidos pelo § 1º, do art. 477, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A pretensão da Ré de que se confirmem os efeitos do ato jurídico perfeito e acabado à rescisão contratual, homologada pelo Sindicato, no tocante às parcelas consignadas no Termo de Rescisão é inacolhida.

Ademais, de acordo com a Súmula nº. 330 do Tribunal Superior do Trabalho, a quitação contratual não atinge as parcelas não constantes do termo rescisório. Tampouco abrange as repercussões nos títulos pagos por ocasião da rescisão. Os pedidos da inicial e aqueles pertinentes à condenação, diferenças de horas extras e seus respectivos reflexos, não estão consignados no Termo de Rescisão.

Expostos tais fundamentos, afasta-se qualquer lesão ao inciso XXXVI, do art. 5º, da Constituição da República.

Nego provimento.

**Horas extras, adicional noturno e dobras dos domingos**

Alega a Reclamada que houve regularidade no paga-

mento das horas extras, adicional noturno e dobras dos domingos, conforme controles de jornada e recibos apresentados nos autos, explicando que o fechamento da folha ocorre no dia 19 do mês, razão pela qual não coincidem as horas extras anotadas no mês, com o correspondente contracheque do período. Em face do expendido, requer a exclusão dessas parcelas da condenação.

Em seu depoimento, à fl.204, o Reclamante afirmou:

“Que registrava corretamente a jornada de trabalho de segunda a sábado, a exceção dos feriados; que não registrava cartão de ponto nem mecânico nem eletrônico quando trabalhava aos domingos e nos feriados; que o trabalho aos domingos e feriados era por escala, no entanto folgava apenas um (1) domingo ao mês; que a jornada de trabalho nos feriados e domingos trabalhado era idêntica a jornada de trabalho do dia a dia; que não usufruía folga compensatória quando trabalhava aos domingos e feriados.”

A testemunha apresentada pelo Reclamante, Sr. Alain Ramos do Nascimento, prestou depoimento nesses termos:

“Que ele depoente e o reclamante registravam corretamente a jornada de trabalho de segunda a sábado, a exceção dos dias em que trabalhavam por escala, quais sejam: feriados e domingos; que quando ele depoente e o reclamante trabalhavam em feriados e em domingos às vezes registravam corretamente o cartão de ponto mecânico ou eletrônico ou assinavam folha de frequência preenchida manualmente; que quando trabalhava aos domingos e nos feriados às vezes tinha folga compensatória; que o mesmo acontecia com o reclamante; que ele depoente e o reclamante folgavam apenas um (1) domingo ao mês; que se trabalhassem, ele depoente e o reclamante em feriados não tinham folga compensatória; que a jornada de trabalho nos feriados e domingos trabalhados era idêntica a jornada de trabalho do dia a dia; que usufruía de trinta minutos de intervalo intrajornada;” (fl.204)

Considerando tais elementos, a Vara do Trabalho reconheceu a procedência parcial do pedido, consoante os seguintes fundamentos:

“(…)

O Reclamante confessou que registrava corretamente sua jornada de trabalho nos controles de frequência, de segunda-feira a sábado. Em seu depoimento, o Autor asseverou que não registrava a jornada de trabalho quando trabalhava aos domingos e feriados.

A prova testemunhal foi segura e convincente, confirmando a tese obreira de que o Demandante quando

trabalhava aos domingos e feriados não registrava sua jornada de trabalho todas as vezes.

(...)

Considerando que os cartões de ponto trazidos aos autos pelo Reclamado apontam prestação de serviços em sobrelabor, não se verificando a sua respectiva paga. (sic) Portanto, deverão ser contadas as horas extraordinárias, assim se considerando aquelas que ultrapassem da jornada diária de 08 (oito) horas, com o adicional de 50%, divisor 220, deduzindo-se o valor já quitado a esse título, conforme comprovado nos autos, observando a jornada de trabalho registrada nos cartões de ponto e a jornada de trabalho declinada na exordial para os dias de domingo e feriado. (fl.209)

Em face do exposto, verifica-se, quanto à jornada de segunda-feira a sábado que o Autor admite a correção nos registros.

Considerando que houve o deferimento das diferenças de pagamento entre as horas anotadas nos cartões de ponto e aquelas efetivamente pagas nos contra-cheques, não haverá prejuízo para a Reclamada. Ademais, a argumentação da Recorrente quanto ao critério de fechamento da folha ocorrer no dia 19 do mês a que corresponde o contra-cheque é inovadora, não tendo apresentado a questão no momento oportuno da sua defesa.

No tocante ao trabalho aos domingos, a prova testemunhal confirmou que não era anotado corretamente o labor em tais dias, comprovando, ainda, que havia apenas a folga de 1 (um) domingo por mês.

A Sentença permanece imutável a respeito.

Diante de tais razões, reputo correta a Decisão proferida pelo Juízo de 1º grau, quanto ao deferimento das horas extras com base nos registros de ponto, deduzidos os valores pagos a tal título, conforme contracheques adunados aos autos, observando-se o marco temporal estampado nos controles de ponto.

#### **Repercussões do repouso semanal remunerado**

Entende a Reclamada que é pertinente o reexame quanto ao deferimento das diferenças do repouso remunerado incidentes sobre os títulos que a geraram, sob pena de configurar-se hipótese de salário infinito.

De fato, sendo mensalista o trabalhador, o repouso semanal remunerado já está incluso em seu salário mensal. Ocorre que, existindo horas extras prestadas costumeiramente as mesmas repercutem no repouso semanal remunerado que, assim, passa a se constituir em importância maior.

As horas extras configuram trabalho, o qual, remunerado, deve integrar o repouso remunerado. Aplicação do que dispõe a alínea “a”, art. 7º da Lei n. 605/49 e Decreto n. 27.048/49. Esta norma, de forma expressa, manda computar no repouso semanal as horas extraordinárias habitualmente prestadas, exceto aquelas decorrentes do desrespeito do intervalo intrajornada, eis que se trata de uma indenização prevista pelo legislador, em favor do Empregado em face de não haver o Empregador respeitado norma pública alusiva ao descanso.

É que, para apuração das parcelas salariais, bem como das verbas rescisórias, deve-se utilizar o salário mensal, o qual tem por base todas as verbas pagas habitualmente.

Assim, da mesma forma que as horas extras prestadas habitualmente devem repercutir no repouso semanal remunerado, este compõe o salário mensal, não só pelo valor decorrente do trabalho efetuado ao longo da semana em jornada normal, mas, também, pelo valor que se lhe agrega em decorrência das horas extras habituais.

Ademais, este Tribunal Regional firmou a sua jurisprudência uniforme no particular:

#### **SÚMULA Nº 03**

**DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO DE REPOUSOS SEMANAIS - NATUREZA JURÍDICA DA PRESTAÇÃO - MATÉRIA DISCIPLINADA PELO ARTIGO 10 DO REGULAMENTO APROVADO PELO DECRETO Nº 27.048, de 12 DE AGOSTO DE 1949**

*As diferenças de remuneração de repouso 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”.*

**RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA TRT 08/2000 - 3ª PUBL. DOE-PE: 22/07/2000**

Nego provimento.

#### **Intervalo intrajornada**

Postula a Recorrente a reforma da decisão proferida pelo Juízo de primeira instância no que diz respeito à condenação ao pagamento do labor intrajornada, à vista de ausência de prova nesse sentido e ainda porque o trabalho realizado em tal lapso não é considerado hora extra.

O MM. Juízo de primeira instância, ao apreciar a questão, assim se pronunciou:

“A prova testemunhal foi segura e convincente, confirmando a tese obreira de que o Demandante quando trabalhava aos domingos e feriados não registrava sua jornada de trabalho todas as vezes. A testemunha arrolada pelo Vindicante também dá conta que o intervalo intrajornada era inferior a uma hora, observando-se que a Reclamada descumpriu o art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo em se observando o contido nos instrumentos normativos colacionados aos autos. A legislação que trata do assunto estabeleceu o intervalo intrajornada mínimo em uma hora, visando proteger a saúde e o bem-estar do trabalhador. A intenção do legislador é a de que o empregado conte com uma pausa diária contínua de pelo menos uma hora para recompor-se física e mentalmente do desgaste produzido pela jornada de trabalho. Portanto, considera-se como extra o interregno temporal trabalhado pelo Autor, quando deveria estar usufruindo intervalo intrajornada, na forma do § 4º, art. 71, da Consolidação das Leis do Trabalho.” (fl.209)

A condenação fundou-se em lesão ao caput do art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho.

E, a teor do que dispõe esse dispositivo, trabalhando o empregado em tempo superior a 6 horas, o intervalo para repouso e alimentação é de, no mínimo, 1 hora.

A redução do intervalo intrajornada para um período inferior a 1 hora, mesmo em se tratando de negociação coletiva, acha-se condicionado à existência de requisitos de ordem pública, devidamente comprovados.

Ora, ficou confirmado pela testemunha que o Autor gozava de 30 minutos de intervalo para refeição.

Sem razão a Recorrente quando alega que o período destinado ao intervalo intrajornada não deva ser remunerado como horas extras. A ausência do gozo do intervalo intrajornada autoriza o pagamento do período não usufruído de forma extraordinária, ou seja, o valor normal do período acrescido das horas extras.

Assim estabelece o parágrafo 4º do art. 71 da CLT:

§ 4º. Quando o intervalo para repouso e alimentação, previsto neste artigo, não for concedido pelo empregador, este ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

A remuneração prevista no § 4º do artigo 71 da CLT não se refere à simples indenização, pois o objetivo da lei foi exal-

tar a importância do intervalo para repouso e alimentação, considerando ser norma de saúde e segurança do trabalho, protegida na atual Constituição da República no artigo 7º, XXII, prevendo redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante normas e saúde, higiene e segurança.

A paralisação dos trabalhos no curso da jornada para que o trabalhador repouse e se alimente permite a recomposição das suas energias, a fim de que suporte o esforço continuado, proporcionando, ainda, melhores condições de segurança e um ambiente de trabalho saudável.

A proteção à saúde e à segurança do trabalho configura-se preceito constitucional, agasalhado no artigo 7º, XXII, que preconiza a redução dos riscos inerentes ao trabalho, mediante normas de saúde, higiene e segurança.

O ato do Empregador, infringindo o preceito constitucional e a norma legal que asseguram um descanso efetivo ao Empregado, foge do quadro geral da correspondência do efetivo serviço e da contraprestação a ele correspondente. E, diante da habitualidade dessa lesão e do direito de reparação igualmente habitual, são devidos os reflexos em outras verbas, considerando a natureza remuneratória da parcela.

A relevância do descanso efetivo é de tal ordem que o desrespeito pelo Empregador autoriza a que o Empregado perceba pagamento do período como se houvesse trabalho real, acrescido do adicional de horas extraordinárias, razão pela qual não há como prosperar a pretensão da Recorrente.

Destarte, tratando-se de desrespeito a intervalo para repouso e alimentação, independentemente de haver acréscimo na jornada laboral, a remuneração consistirá no pagamento do período não usufruído, de 30 (trinta) minutos como hora extra, para todos os efeitos legais.

Essa matéria foi alvo, ao longo desses dois últimos anos, de discussões, nos Tribunais, culminando, recentemente, com o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, no sentido de que a reparação alusiva a não-concessão do intervalo intrajornada não tem natureza meramente indenizatória.

Ademais, a Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Colendo Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento de que a parcela ora discutida possui caráter salarial, conforme OJ nº 354 da SDI – 1, do Colendo TST, verbis:

Nº 354 - INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 71, § 4º, DA CLT. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. NATUREZA JURÍDICA SALARIAL. Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzi-

da pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

Nego provimento.

#### **Diferenças de depósitos do FGTS**

Afirma a Reclamada que improcede o deferimento de diferenças de depósitos do FGTS, porquanto efetuou todos os depósitos do lapso contratual, requerendo, para efeito de serem evitados prejuízos às partes, que sejam apurados eventuais valores em liquidação, sendo permitida a comprovação documental da exatidão dos referidos depósitos, bem como de possíveis saques, com expedição de ofício à Caixa Econômica Federal, para fornecimento do respectivo extrato analítico.

Não procede o pedido da Recorrente.

Com efeito, a comprovação dos depósitos do FGTS deveria ter ocorrido na fase de instrução processual, não havendo a Demandada anexado os comprovantes relativos aos períodos apontados na inicial.

Nada a reformar.

#### **Honorários sindicais.**

A Recorrente pleiteia a reforma do julgado quanto aos honorários advocatícios, alegando que não foram comprovados os requisitos exigidos na Lei nº 5.584/70, divergindo do entendimento sedimentado nas Súmulas 219 e 329 do TST.

Ficam assegurados os honorários sindicais de 15%.

Inicialmente, ressalto meu entendimento particular acerca da matéria.

Entendo que os honorários advocatícios são devidos ainda que a assistência seja particular, conforme os artigos 20 e 126 do CPC, 8o e 769 da CLT, art. 4o da Lei de Introdução ao Código Civil, LV do art. 5o e art. 133, ambos da CF/88. A sucum-

bência na Justiça do Trabalho não se restringe às hipóteses dos Enunciados 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho.

O limite de salário estabelecido naquela regra mal permite o sustento pessoal de um cidadão. Considere-se que o teor do parágrafo 1º do art. 14 da Lei nº 5.584/70 acha-se em desacordo com a realidade social. Não há, com efeito, necessidade de o reclamante provar os prejuízos que poderiam lhe advir se tivesse que, pessoalmente, arcar com os honorários de advogado. Outrossim, as regras jurídicas que cuidam da ampla defesa (inciso LV do art. 5º da CF/88) e da indispensabilidade do advogado à administração da Justiça (art.133 da Carta Magna) autorizam o magistrado, invocando-as, repelir outras existentes no sistema e que restrinjam esses preceitos.

Reputo que, na hipótese, encontram-se presentes os requisitos previstos na Lei nº 5.584/70 e Súmulas 219 e 329 do Colendo TST. A advogada que representa o Autor foi credenciada pelo Sindicato de Classe que assiste o empregado, havendo este declarado, na inicial, que não possuía condições financeiras de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio e da família, o que atende às exigências daS Leis nºs 1.060/50 e 7.115/83.

Assim, considerando presentes os requisitos exigidos dos Súmulas 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho, mantenho a Decisão que deferiu os honorários sindicais.

Nego provimento.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

**ACORDAM** os Desembargadores da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Recife, 18 de junho de 2008.

**Des. Eneida Melo Correia de Araújo**  
Relatora

# TRF da 5ª Região – 4ª Turma

## Apelação cível(AC) nº 413240/PE

Órgão Julgador: 4ª turma

Relator: **Des. Federal Marcelo Navarro**

Apte: Termopernambuco S.A.

Apte: Celpe - Companhia Energética de Pernambuco S/A

Apte: Aneel - Agência Nacional de Energia Elétrica

Apdo: Ministério Público Federal

Apdo: Ministério Público Estadual

**EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS DE APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REVISÃO DA TARIFA DE ENERGIA ELÉTRICA DA CELPE. RESOLUÇÃO N.º 112/2005 E DESPACHO N.º 892/2004 DA ANEEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA TERMOPERNAMBUCO. CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGALIDADE DOS ATOS DE CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA MODICIDADE DAS TARIFAS E DA TUTELA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS. RECURSOS PROVIDOS.**

1. Os atos da ANEEL sujeitam-se ao controle jurisdicional, sobretudo em sede de ação civil pública que versa a política tarifária de setor fundamental para o desenvolvimento nacional e o bem-estar da população.

2. Ilegitimidade passiva ad causam da TERMOPERNAMBUCO S.A., por tratar-se de pessoa estranha à relação controversada.

3. O Juiz pode decidir a controvérsia com fundamento diverso daqueles que foram articulados na inicial.

4. A CELPE, nos termos da Lei n.º 10.848/04 e do seu contrato de concessão, deve adquirir energia elétrica ao menor custo disponível no mercado, podendo repassar uma parte desse custo aos consumidores finais, mediante revisões tarifárias periódicas, nas quais deve ser observado o princípio da modicidade.

5. Tarifa módica não quer dizer necessariamente tarifa barata, mas a menor tarifa que, além de cobrir as despesas da concessionária e garantir o funcionamento do serviço, também seja capaz de propiciar os investimentos necessários à expansão e modernização do setor.

6. A primeira revisão tarifária periódica foi homologada pela Resolução n.º 112/05 da ANEEL, que levou em conta o preço da energia contratada com a TERMO-PERNAMBUCO desde 2001, e não o do leilão de energia de 2004.

7. O preço contratado em 2001 equivalia inicialmente a 1/5 do preço de mercado, mas, devido a condições de mercado excepcionais, ficou acima do menor preço obtido no leilão do final de 2004, tanto assim que, em todo o período de vigência da Resolução n.º 112 (2005-2008), o contrato apresentou vantagens crescentes em comparação com os resultados das praças subsequentes, afastando, no aspecto peculiar do repasse à tarifa do valor da energia adquirida pela distribuidora, qualquer hipótese de violação à regra da modicidade tarifária.

8. Não faz sentido a imputação à TERMOPERNAMBUCO da prática de “atravessamento” de energia, pois a geração depende exclusivamente da alocação de metas pelo Operador Nacional do Setor Elétrico, e a recei-

ta das geradoras varia em razão da “disponibilidade de geração”, e não da entrega física da energia.

9. É mais do que evidente o reflexo negativo na receita da empresa, decorrente da imposição da totalidade de um custo “não gerenciável”, vale dizer, que independe da capacidade de gestão da empresa, como é o custo dos contratos de aquisição de energia.

10. Apelação da TERMOPERNAMBUCO provida, para acolher a preliminar de sua ilegitimidade passiva, excluindo-a do processo, ressalvada a possibilidade de intervir no feito como assistente.

11. Apelações da CELPE e da ANEEL providas, para julgar improcedente o pedido inaugural.

## ACÓRDÃO

### RELATÓRIO

**O Senhor DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:** O caso é de recursos de apelação interpostos pelas empresas Termopernambuco S/A e Companhia Energética de Pernambuco (CELPE), e ainda pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido deduzido em ação civil pública pelo Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público do Estado de Pernambuco (MPE/PE), para anular o reajuste tarifário de energia elétrica homologado pela ANEEL em favor da CELPE, por meio da Resolução n.º 112/05 e do Despacho 892/04, e assim estabelecer, a contar de 29.04.2005, um novo índice de revisão tarifária, baseado no valor do menor preço obtido no leilão de energia realizado em dezembro de 2004.

Em síntese, os fundamentos da respeitável sentença conduzem à assertiva de que a elevação excessiva da tarifa de energia elétrica decorreu da ilegalidade do repasse, aos consumidores, do custo da aquisição de energia da Termopernambuco, por preços superiores aos praticados no mercado.

A Termopernambuco S/A arguiu a sua ilegitimidade por ser pessoa estranha à relação jurídica controvertida, vale dizer, a revisão das tarifas vigentes entre a CELPE e os consumidores de energia. No mérito, diz que o preço da energia termelétrica fornecida à CELPE não destoa dos padrões do mercado, nem está apto a causar impacto no preço final da energia consumida em Pernambuco.

A CELPE afirma que a sentença decidiu extra petita, ao aplicar a teoria da imprevisão para rever a tarifa da empresa, e ingressou indevidamente no mérito administrativo dos atos da ANEEL, substituindo-os por critérios equivocados e potencialmente lesivos da equação inicial do contrato de concessão.

A apelante formula, nas suas alegações de mérito, as seguintes conclusões:

a) não é possível tomar-se um valor circunstancial como parâmetro, olvidando-se das necessidades contínuas do serviço público, e do fato de que, tanto no momento da contratação da energia térmica (2001), quando na compra em leilão (2004), o preço da Termopernambuco era o que melhor atendia à exigência de modicidade tarifária;

b) a opção pela energia termelétrica não foi decisão arbitrária da apelante, mas decorrência obrigatória de política governamental a que se encontra exposta;

c) não é verdade que a Termopernambuco venderia à CELPE, com lucros desmesurados, energia por ela adquirida muito mais barato; e

d) a retirada do custo de aquisição da energia da Termopernambuco afetaria seriamente o equilíbrio da concessão.

A ANEEL também suscita a vedação do ingresso do Poder Judiciário no mérito administrativo das decisões da agência, e no mérito expõe que, na análise da revisão tarifária da CELPE, agiu em conformidade com os poderes regulatórios de que foi legalmente investida, ponderando tecnicamente as exigências da justa remuneração do capital, do menor preço, e da garantia do serviço adequado de fornecimento de energia elétrica no horizonte de longo prazo.

Sustentam as apelantes, em face de todos esses aspectos, a necessidade de reforma da sentença.

O MPF e o MPE/PE ofertaram contra-razões em prol da manutenção do decisum, e o douto Procurador Regional da República oficiante perante esta Corte opinou, como custos legis, pelo desprovimento dos recursos.

De resto, no AGTR 62443-PE, indeferi o pedido de suspensão da decisão do MM. Juiz Federal da 3.ª Vara Federal de Pernambuco que antecipara a tutela na ação civil pública. A decisão agravada foi mantida pela eg. Quarta Turma, mas findou suspensa pelo col. Superior Tribunal de Justiça, até julgamento do mérito neste Regional, com fundamento na ameaça ao equilíbrio econômico-financeiro da concessionária

de distribuição de energia, com possível lesão à ordem econômica (SLS 162-PE, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 13.09.2005).

É o relatório.

### VOTO

**O Senhor DESEMBARGADOR FEDERAL MARCELO NAVARRO:** Egrégia Turma.

As recorrentes levantaram questões preliminares relativas à ilegitimidade passiva ad causam da Termopernambuco S/A, à impossibilidade jurídica da revisão, pelo Poder Judiciário, dos atos discricionários praticados pela ANEEL, e à aplicação da teoria da imprevisão sem que tal pedido tivesse sido formulado na exordial.

#### 1 – DAS PRELIMINARES:

##### 1.1 – DA ILEGITIMIDADE PASSIVA DA TERMOPERNAMBUCO

A legitimidade passiva da Termopernambuco deve ser determinada em razão da relação jurídica controvertida nesta demanda.

Para os autores da ação civil pública, ora apelados, a revisão tarifária homologada em favor da CELPE pela Resolução n.º 112/2005, da ANEEL (fls. 06 e ss.), teria incorrido nos seguintes abusos:

“a) considerar legítimo o repasse aos consumidores do custo decorrente da compra, pela CELPE, da energia produzida pela TERMOPERNAMBUCO (ambas empresas integrantes do grupo NEOENERGIA), cujo valor corresponde a quase três vezes o valor médio da energia disponível no mercado;

b) repassar integralmente aos consumidores o custo das perdas de energia elétrica da CELPE, muito superior à média nacional, transferindo para aqueles o custo de sua ineficiência e o risco de sua atividade econômica” (fls. 04).

Sustentam, em face de todos esses aspectos, a pretensão de que seja declarada “a nulidade de todo ato normativo ou homologatório emanado da ANEEL que, de uma forma ou de outra, influenciaram na revisão abusiva ora combatida” (fls. 34).

Fundamentam a inclusão da Termopernambuco no pólo passivo da demanda, ao lado da CELPE e da ANEEL, na

suposição de que “a proibição de repasse aos consumidores do custo da energia termelétrica adquirida pela CELPE, provavelmente levará esta última a solicitar a repactuação do mencionado acordo provado de vontades” (fls. 05).

Ora.

Sempre que a inicial questiona os termos do contrato vigente entre a Termopernambuco e a CELPE, ela o faz apenas para impugnar o repasse, aos consumidores finais, do preço da energia vendida à distribuidora, mas, em nenhum momento, pugna pela revisão da avença celebrada pelas empresas.

Além disso, a Resolução n.º 112/2005 da ANEEL, que é o principal ato combatido na causa de pedir, apenas homologa o resultado da primeira revisão tarifária periódica referente à CELPE, desse modo afetando diretamente as esferas jurídicas da agência reguladora, da distribuidora e dos consumidores, mas não a da Termopernambuco, que não participa sequer da relação jurídica objetivada nesta ação.

Quanto à repercussão do pedido inicial da ação civil pública no contrato existente entre a CELPE e a Termopernambuco, isso dependerá exclusivamente da manifestação da vontade das partes contratantes, embora eventual decisão definitiva favorável aos autores da ação possa, em tese, influir nesse sentido.

O fato é que a possibilidade de que uma sentença produza efeitos meramente reflexos na esfera jurídica de um terceiro justifica, em regra, apenas a intervenção processual dessa pessoa como assistente, se ela assim quiser, mas não a sua inclusão num dos pólos da demanda.

Assim, sendo a Termopernambuco pessoa estranha à relação jurídica controvertida, excluda da lide, ressalvada a possibilidade de intervir no processo, como assistente das demandadas, ora apelantes.

##### 1.2 – DA INEXISTÊNCIA DE DECISÃO EXTRA PETITA

A CELPE alega que a r. sentença não deveria ter aplicado, in casu, a teoria da imprevisão, porquanto não pleiteado na exordial, contudo, a invocação dessa tese nada mais foi que fundamento ou razão de decidir, e nesse respeito o julgador é livre para convencer-se, além do que não está jungido à fundamentação apresentada pela autoria: em nosso Direito Processual, vale, como é cunhado, o princípio da substanciação, e não o da individualização, conforme ensinam os manuais (ver, por todos, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO).

E no que toca a não ter ocorrido fato posterior extraordinário e imprevisível, capaz de dar suporte ao enquadra-

mento do caso no referido argumento decisório, louvo-me no parecer do ilustre Procurador Regional da República, Doutor Domingos Sávio Tenório de Amorim, verbis:

“A propósito, o entendimento quanto à inocorrência ... da teoria da imprevisão no contrato celebrado entre a CELPE e a TERMOPERNAMBUCO é algo evidente, pois mesmo o leigo situado na classe do homem médio sabia com antecipação que os preços praticados na ocasião do racionamento iriam cair abruptamente quando a situação das hidrelétricas voltasse à normalidade.”

Em complemento ao opinativo do custos legis, diria que a atividade de geração e distribuição de energia elétrica está atreita a fatores climáticos e mercadológicos que exigem, do governo e dos investidores, a visualização de horizontes de longo prazo, e por isso mesmo as regras do setor priorizam a continuidade da prestação do serviço, em vez de ganhos fugazes, como se verá na parte meritória deste voto.

### 1.3 – DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO ATO IMPUGNADO

As razões recursais da CELPE e da ANEEL sustentam que a sentença tomou para si competências legislativas e administrativas, o que seria juridicamente impossível em face do princípio da separação dos poderes.

Mas não é bem assim.

O Direito Administrativo contemporâneo admite, de SEABRA FAGUNDES a CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO — para ficar em apenas dois mestres nacionais na área — que o chamado mérito administrativo muita vez é usado para encobrir ilegalidades, decorrentes de desvios ou abusos. Portanto, não deve escapar, em qualquer hipótese, do crivo jurisdicional. Ainda mais num sistema jurídico como o que nos rege, após a Constituição de 1988, em que a escorreita execução das políticas públicas encontra-se sujeita a regras jurídicas, princípios, valores, e aspectos de legalidade e de constitucionalidade que legitimam o controle judicial dos atos administrativos.

Vale dizer, na feliz expressão de MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE<sup>1</sup>, que, “onde houver uma norma de conduta dirigida à Administração, haverá sempre oportunidade para uma norma de controle, dirigida ao juiz.”

\* \* \*

Em face do que foi exposto até o momento, de todas as preliminares argüidas pelas apelantes, acolho apenas a de ilegitimidade da Termopernambuco, excluindo-a do pólo

passivo da demanda, ressalvada a possibilidade de intervir no feito como assistente.

### 2 – DO MÉRITO:

De início, timbro em registrar que, no AGTR 62.443-PE, mantive monocraticamente a decisão de primeiro grau que antecipou a tutela pretendida na ação civil pública, explicitando que o fazia sumariamente, com base nos dados de que dispunha naquela ocasião, premido pela urgência do pedido, e limitado pela própria via recursal escolhida.

Agora, a situação é diversa. O exame mais detido de tudo quanto foi juntado aos autos do processo principal, devidamente passado pelo crivo do contraditório, revelou importantes aspectos voltados à política tarifária do setor elétrico, dando-me ensejo de rever o posicionamento que adotei inicialmente no agravo.

É o que passo a expor.

### 2.1 – DA POLÍTICA TARIFÁRIA APLICÁVEL AO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Entre os instrumentos de promoção dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, especialmente o desenvolvimento nacional e o bem de todos (art. 3.º, II e IV, da Constituição Federal), encontra-se a prestação de serviços públicos, seja diretamente pelo Poder Público, seja em regime de concessão ou permissão, em conformidade com o art. 175 da CF e a legislação pertinente:

“Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.” (Grifei e destaquei).

Nesse sentido, a Lei n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessões previsto no art. 175 da CF, preconiza

a prestação de serviço público que satisfaça às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas:

“Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1.º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” (Grifei e destaquei).

Pelo que se depreende das citadas regras jurídicas, o critério do menor preço, na aplicação da política tarifária do serviço público concedido, não implica prosaicamente a adoção da menor tarifa, mas da menor tarifa que, além de cobrir as despesas da concessionária e garantir o funcionamento do serviço, também seja capaz de propiciar os investimentos necessários à expansão e modernização do setor. Como leciona ARNOLDO WALD (O Direito de Parceria e a Lei de Concessões, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 197-198):

“Por tarifa módica, prevista no § 1.º do art. 6.º da Lei n.º 8.987/95, deve ser entendida a tarifa acessível aos usuários, que não os onere excessivamente e que esteja direcionada de forma a permitir que a concessionária desempenhe de modo definitivo e lucrativo as suas obrigações legais e contratuais na prestação do serviço previsto.”

Afinal, não se pode perder de vista que o setor elétrico exige investimentos de longo prazo, tanto assim que os contratos de concessão têm duração de vinte anos ou mais, justamente para assegurar o desenvolvimento nacional.

Do enfoque dado à questão, sobressai o tema da garantia da equação financeira inicial do contrato de concessão (art. 37, XXI, da CF), no qual reside a essência do sistema de revisão tarifária em exame. Nesse diapasão, destacam-se, da Lei de Concessões (Lei n.º 8.987/95), os seguintes dispositivos:

“Art. 9.º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...) § 2.º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

... Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e

as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

...

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

...

Art. 29. Incumbe ao poder concedente: (...) V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato.” (Grifei).

Por seu turno, o art. 3.º da Lei n.º 9.427/96 atribui à ANEEL a competência para, em nome do poder concedente, homologar reajustes e proceder à revisão de tarifas, e, ainda, o inciso X do art. 4.º do Decreto n.º 2.335/97 compete à agência:

“(...) atuar, na forma da lei e do contrato, nos processos de definição e controle dos preços e tarifas, homologando seus valores iniciais, reajustes e revisões, e criar mecanismos de acompanhamento de preços.”

Mais recentemente, em 15.03.2004, entrou em vigor a Lei n.º 10.848, de 15.03.2004, que representa o novo marco normativo do setor elétrico, complementando a legislação já citada, no que toca à sistemática de revisão e reajuste tarifários.

Para uma melhor compreensão de tais procedimentos, é preciso distinguir a revisão tarifária do reajuste tarifário. A revisão é quadrienal, destinando-se a reposicionar a tarifa de acordo com a estimativa de ganhos de eficiência da empresa nos anos seguintes (o “fator X”); o reajuste é atualização anual das tarifas com base na diferença entre a inflação (IGP-M) e a eficiência (“fator X”).

A respeito da revisão tarifária, interessa saber que a estrutura tarifária é repartida em duas parcelas vinculadas, consoante exposto na nota técnica 106/2005-SRE/ANEEL (fls. 181 e ss.):

a) parcela “A”, que se refere aos “custos não gerenciáveis”: energia elétrica adquirida para distribuição ao mercado consumidor — nisto residindo a presente quaestio —; custos de transmissão; e encargos setoriais; e

b) parcela “B”, composta dos “custos gerenciáveis”: custos próprios da atividade de distribuição; custos da

gestão comercial de clientes; e remuneração dos acionistas.

Basicamente, os componentes da parcela “A” variam de acordo com o câmbio do dólar, daí o aumento significativo desse fator tarifário na fase inicial do contrato de concessão da CELPE (2000/2003). Dessa forma, ao contrário do que sustentam os apelados, não se pode atribuir à empresa a elevação dos custos “não gerenciáveis” no período em tela.

## 2.2 – DO REPASSE, À TARIFA DE COMERCIALIZAÇÃO, DO PREÇO DE AQUISIÇÃO DA ENERGIA

Em harmonia com as regras jurídicas pertinentes ao setor elétrico, a cláusula 7.<sup>a</sup> do contrato de concessão n.º 26/2000 da CELPE (fls. 88 dos autos do AGTR 62443-PE, apensos) agendou um cronograma de revisões tarifárias, com a finalidade de adaptar as disposições contratuais à realidade cambiante do mercado, não deixando espaço para alterações tarifárias aleatórias ou intempestivas:

“Cláusula Sétima.

Subcláusula Sétima – A ANEEL, de acordo com o Cronograma apresentado nesta subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações na estrutura de custos e de mercado da CONCESSIONÁRIA, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas. Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será procedida em 29 de abril de 2005, conforme previsto na Subcláusula Terceira; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 4 (quatro) anos.

Para manter-se a equação de custos e benefícios do serviço concedido, o mesmo contrato exige que a concessionária obtenha energia elétrica ao menor custo disponível no mercado, limitando, porém, o repasse desse custo aos consumidores finais, segundo critérios estabelecidos pela ANEEL na aplicação dos reajustes e revisões tarifárias:

“Cláusula Sétima.

Subcláusula Décima Quarta – A CONCESSIONÁRIA obriga-se a obter a energia elétrica requerida pelos seus consumidores ao menor custo efetivo, dentre as alternativas disponíveis. Na aplicação dos reajustes e revisões previstos nesta Cláusula, serão observados os limites de repasse dos preços livremente negociados na aquisição de energia elétrica, estabelecidos em resolução da ANEEL.” (Grifei).

Portanto, ao contrário do que sustentam os apelados, a cláusula em destaque não proíbe o repasse, à tarifa, do cus-

to da aquisição de energia. Nem poderia fazê-lo, porque a própria Lei n.º 10.848/04 preconiza tal repasse:

“Art. 1.º A comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores, no Sistema Interligado Nacional - SIN, dar-se-á mediante contratação regulada ou livre, nos termos desta Lei e do seu regulamento, o qual, observadas as diretrizes estabelecidas nos parágrafos deste artigo, deverá dispor sobre:

§ 8.º A comercialização de energia elétrica de que trata este artigo será feita com a observância de mecanismos de proteção aos consumidores, incluindo os limites de repasses de custo de aquisição de energia elétrica de que trata o art. 2.º desta Lei.”

Já a cláusula 4.<sup>a</sup> do contrato de compra e venda de ações da CELPE, trazida a lume pelo MPF porque veda a reivindicação de compensações tarifárias decorrentes da obrigação de construir uma usina termelétrica, só pode ser interpretada de modo compatível com as regras jurídicas acima referidas, preservando-se a possibilidade de revisão tarifária nas hipóteses legalmente previstas, sob pena de desfazer a equação inicial da concessão.

\* \* \*

Resta saber se a revisão tarifária homologada pela Resolução n.º 112/05 da ANEEL implicou o repasse de custos superiores aos praticados no mercado.

O Parquet afirma que a CELPE deve arcar sozinha com os custos do contrato firmado com a Termopernambuco, pois, em dezembro de 2004, o preço avençado era de R\$ 137,85 MW/h, enquanto o menor preço da energia vendida no leilão realizado naquele mês e ano desceu a R\$ 57,51 MW/h.

Contudo, os apelantes esclarecem que ambas as situações de mercado foram excepcionais, não podendo uma servir de paradigma da outra, para efeito de análise de preços. Essas questões serão apreciadas nos tópicos seguintes.

## 2.3 – DA MODICIDADE DO VALOR DA ENERGIA COBRADA PELA TERMOPERNAMBUCO (SITUAÇÃO DO MERCADO EM 2001)

Em 2001, o Brasil padecia de grave crise energética, que levou o Governo Federal a agir em duas frentes, aliando medidas de retração da demanda a incentivos à geração de energia térmica<sup>2</sup>. Daquele momento dramático, ficou a lição de que o setor elétrico não pode ficar sujeito à volatilidade do

mercado de curto prazo, sob pena de retardar o desenvolvimento do País ou privar a população de um serviço essencial. Essa foi a posição prevalecente na reunião da Diretoria da ANEEL que analisou a revisão tarifária da CELPE, como se vê do voto do Diretor Paulo Pedrosa:

“Também no caso presente a situação é complexa. A contratação de energia em questão resultou de regras vigentes que refletiam políticas de Governo. Precisam ser analisadas considerando o momento em que as decisões de Governo, regulador e agentes foram tomadas. Devemos considerar o cenário de falta de energia e preços altos de então e não a situação — conjuntural — de sobre-oferta hoje verificada.

7. Vivíamos um cenário de escassez de energia. Não havia recursos para o setor, as indefinições do cenário institucional postergaram investimentos e o País estava extremamente dependente do regime de chuvas.

8. O Governo entendeu que as termelétricas eram a alternativa viável para vencer a crise, tendo em vista que o prazo de construção seria inferior ao de hidrelétricas. Adicionalmente, a complementaridade entre térmicas e hidrelétricas — que dominavam nossa matriz de geração — seria fator importante de confiabilidade do sistema e as termelétricas, particularmente no Sudeste, viabilizariam a construção de gasodutos estratégicos para o País.

9. As políticas do Governo seguiram basicamente duas vertentes. A primeira estimularia parcerias com a Petrobrás, nas quais a estatal assumiria os riscos decorrentes do mercado de energia e os empreendedores, de certa forma ‘alugariam’ seus ativos de geração.

10. A segunda vertente foi a da contratação de longo prazo por agentes do setor elétrico.”

Assim, a decisão de contratar a Termopernambuco não destoa da política de prevenção de novas crises de desabastecimento de energia, em prol da continuidade da prestação de um serviço público essencial, e do desenvolvimento do País.

Também não merece censura o preço contratado, pois, de acordo com dados da ANEEL, em dezembro de 2001, o preço de mercado da energia na Região Nordeste era igual a R\$ 526,15 MW/h, já a energia vendida pela Termopernambuco importava em R\$ 104,71 MW/h, ou seja, 1/5 do preço alternativo de mercado.

## 2.4 – DA MODICIDADE DO VALOR DA TARIFA HOMOLOGADA PELA RESOLUÇÃO N.º 112/2005 (SITUAÇÃO DO

## MERCADO A PARTIR DE 2004)

O preço da energia vendida pela Termopernambuco é relevante para a análise da modicidade da nova tarifa, ao longo de todo o período de vigência da Resolução n.º 112/2005, porque integra o cálculo da tarifa homologada por aquele ato, cuja implantação estendeu-se no intervalo de 2005 a 2008:

“Art. 2.º Para atender ao princípio de modicidade tarifária e a condição de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão definida na revisão tarifária periódica da CELPE, o acréscimo de receita da “Parcela B”, resultante do reposicionamento tarifário de que trata o artigo anterior, será aplicado em parcelas anuais na forma a seguir:

I - em 29 de abril de 2005 será considerado o percentual diferido de 12,50% (doze vírgula cinquenta por cen-

<sup>2</sup> Tão grave era o quadro da crise energética, que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do regime especial de tarifação adotado pelo Governo Federal, que veiculava o racionamento do consumo de energia:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA n.º 2.152-2, DE 1.º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO. 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão merecedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4.º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5.º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente.” (ADC 9/DF, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 23.04.2004).

to), cujo índice é decorrente da proposta da concessão; e

II - nos reajustes tarifários anuais, a serem homologados para os anos de 2006 a 2008, serão acrescidos à “Parcela B”, de cada ano, o valor de R\$ 93.651.607,16 (noventa e três milhões, seiscentos e cinqüenta e um mil, seiscentos e sete reais e dezesseis centavos), cujas parcelas serão atualizadas por ocasião dos respectivos reajustes.”

Pois bem.

O ano de 2004 foi marcado por oscilações no mercado de energia. Em janeiro, diante de nova ameaça de desabastecimento no Nordeste, o preço da energia atingiu o patamar de R\$ 412,82 MW/h, mas, em virtude da contratação com a Termopernambuco, a CELPE não foi afetada pelo episódio.

No mês de março, entrou em vigor a Lei n.º 10.848/04, que determinou a venda, em um único leilão, da energia “velha” — que é, em suma, a energia gerada por empreendimentos amortizados, não sendo este o caso da energia da Termopernambuco<sup>3</sup> — que havia sido descontratada em razão da Lei n.º 9.648/98.

Ao mesmo tempo, a lei adventícia obrigou as distribuidoras a contratar energia nova ao longo prazo, enrijecendo os “custos não gerenciáveis” daquelas empresas.

O fato é que a reintrodução da energia “velha” despejou no mercado cerca de 5.000 MW, ocasionando, obviamente, uma queda repentina do preço do produto, o que ficou patente no leilão de dezembro de 2004.

Mas, antes mesmo da realização do certame, análises sérias reputavam a depreciação da energia um fenômeno episódico, haja vista a evolução do valor da energia depender muito mais da sua utilidade real ou potencial, do que da amortização do capital investido na sua geração. Confira-se, do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro:

“A argumentação de que a energia (“velha”) produzida por investimentos já amortizados pode ser comercializada por preços menores que aquela gerada por investimentos mais recentes e, portanto, ainda não amortizados, não encontra respaldo à luz da análise financeira. Afirmar que a amortização de um investimento afeta o valor do produto ou serviço por ele gerado (no caso, a energia elétrica) é confundir um mecanismo contábil, que visa reconhecer a perda de utilidade do investimento ao longo do tempo – as despesas não caixa -, com a análise de valor de um inves-

timento que se baseia, não no regime de competência da Contabilidade, mas sim, no fluxo de caixa esperado. Neste sentido, admitir que o valor contábil de um ativo é uma proxy de seu valor econômico equivale a dizer que um bem, uma vez depreciado contabilmente, deverá ter valor de mercado igual ao seu valor residual, ou de livro, o que não se verifica.

Como o valor de mercado de um ativo fixo pode ser analisado e determinado pela sua utilidade, utilidade medida pelos benefícios econômicos que se espera obter de sua utilização, pode-se afirmar que o valor de mercado de uma usina de geração de energia elétrica deverá corresponder ao valor presente líquido de seu fluxo de caixa descontado a uma taxa de oportunidade adequada. Ou seja, independe, exceto no que toca à questão tributária, de quão amortizado o investimento inicial já foi, mas sim da expectativa futura de sua utilização.” (CASTRO, Nivalde José; FERREIRA, Vicente Antônio de Castro. “A Energia Velha e o Novo Modelo”. Rio de Janeiro: IFE 1.350 – Instituto de Economia/UFRJ, 20 de maio de 2004).

Na linha do que foi “previsto” pelos economistas da UFRJ, os resultados do leilão de energia realizado em dezembro de 2005 demonstram que o preço da energia vendida no Nordeste situava-se entre R\$ 134,15 MW/h e R\$ 138,00 MW/h (fls. 1387/1388), ou seja, em patamares próximos do preço do contrato da CELPE e Termopernambuco naquela época (R\$ 136,55 MW/h).

Note-se, de passagem, a relevância dos investimentos realizados na geração de energia térmica no Nordeste, pois, no referido leilão de 2005, não houve sequer oferta de energia hídrica “nova” nesta Região.

No leilão de 2006, o preço médio no Nordeste era de R\$ 126,77 MW/h para a energia hídrica e R\$ 132,39 MW/h para a térmica, situando-se, em ambos os casos, muito acima do preço da Termopernambuco, que então importava em R\$ 120,72 MW/h. O fato foi mencionado em matéria publicada no “Jornal do Commercio” em 05.07.2006:

<sup>3</sup> Diga-se, de passagem, que a classificação da energia em “velha” e “nova” foi introduzida pela Lei n.º 10.848/04. Nos termos do art. 17 da citada lei, a energia da Termopernambuco pertence a uma categoria intermediária, denominada “energia botox” pelos especialistas da área, haja vista ter sido contratada antes do advento da Lei n.º 10.848/03, embora carregue, ainda, os custos dos investimentos na sua geração. Mas o que importa, in casu, é o comportamento do produto no mercado, ou seja, o preço da energia!

“Preço Termope

Acredite: o preço da Termopernambuco, hoje, já é menor que o do mercado para o futuro. Este ano, a térmica venderá a energia a R\$ 120,72 MW/h, quando o preço da energia contratada das novas térmicas ficou em R\$ 132,3 MW/h [sic]. E como a Celpe compra 30% dela, precisou contratar menos energia nova para o futuro.” (Fls. 1357).

Finalmente, em 2007, a CELPE pagou R\$ 120,06 MW/h à Termopernambuco, isto é, menos que havia pago no ano anterior, e muito menos do que os níveis de mercado:

“Leilão A-5, ocorrido em 16/10/2007:

- Preços de energia elétrica H-30: entre R\$ 125,90 e 131,49 MW/h;

- Preços de energia termelétrica T-15: entre R\$ 125,95 e 131,49 MW/h.

Leilão A-3, ocorrido em 26/07/2007:

- Preços de energia hidráulica H-30: não houve oferta;

- Preços de energia termelétrica T-15: entre R\$ 132,80 e 136,00 MW/h.” (Fls. 1482).

A curva descendente do preço da Termopernambuco, em todo o período de vigência da Resolução n.º 112/2005, e as suas vantagens crescentes em comparação com os resultados das praças subsequentes ao fatídico leilão de 2004, afastam, no aspecto peculiar do repasse à tarifa do valor da energia adquirida pela CELPE, qualquer hipótese de violação à regra da modicidade tarifária.

\* \* \*

Recentemente, o “Diário de Pernambuco” noticiou a abertura de auditoria na CELPE pelo Tribunal de Contas da União, e a determinação à empresa no sentido de corrigir a fórmula de reajuste das tarifas de energia, aludindo a prejuízos sofridos pelos consumidores desde 2002.

Na verdade, trata-se do acórdão n.º 2.210/08, disponível no portal [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br), que versa o impacto tarifário dos custos gerenciáveis com a possível apropriação, pelos acionistas da empresa, dos ganhos em escala com o aumento da demanda de energia verificada desde 2002.

O caso julgado pelo TCU veicula matéria estranha à causa de pedir desta demanda, porquanto nada diz com o repasse tarifário dos custos “não gerenciáveis” incorridos com a compra de energia.

Aliás, há nas razões de votar do eminente Relator do acórdão, o Ministro BENJAMIN ZYMLER, considerações que estão alinhadas com a minha convicção pessoal, confortando-a com a autoridade e ilustração daquele Membro da Corte de Contas:

“Com o advento do Novo Modelo do Setor Elétrico [que culminou com a Lei n.º 10.848/04], a modicidade tarifária voltou ao centro das atenções, pois forma um dos princípios basilares desse Novo Modelo.

Existe uma confusão acerca da definição do que é “modicidade tarifária”, não havendo um consenso acerca dos requisitos para qualificação de “tarifa módica”. Há quem defenda que as tarifas são módicas quando possibilitam que a universalidade possa usufruir do serviço público, não impedindo que os mais pobres tenham acesso.

No entanto, tarifa módica não quer dizer necessariamente tarifa barata. Tarifa módica é a menor tarifa possível que garanta a segurança do abastecimento (diminuição do risco de déficit) e a qualidade dos serviços prestados. Uma tarifa que garanta uma oferta de energia maior que a demanda. (...)” (Grifei)

29. Interessou-me o excerto acima transcrito porquanto, para além do necessário equilíbrio econômico-financeiro, deve-se reconhecer, no contrato de concessão, uma necessária relação entre a modicidade tarifária e a demanda.”

## 2.5 – DA VENDA DE ENERGIA EM QUANTIDADE SUPERIOR À PRODUÇÃO DA TERMOPERNAMBUCO

A sentença afirmou que a Termopernambuco revenderia à CELPE, com lucros elevados, energia barata adquirida de terceiros.

Todavia, trata-se, como bem disse o custos legis, de aspecto secundário da demanda, pois o aspecto principal da controvérsia gira em torno da obrigação de adquirir a energia mais barata oferecida no mercado.

Como se viu, diante da modicidade dos preços praticados pela Termopernambuco, é difícil crer na tese de ganhos excessivos com a revenda de energia de terceiros.

A respeito do tema, a ANEEL esclarece que a produção de energia elétrica não depende de decisão do gerador, mas da alocação de metas pelo Operador Nacional do Setor Elétrico (ONS), que determina em cada caso a empresa geradora responsável pelo suprimento de energia, tornando-se prati-

camente impossível identificar a fonte de cada MW entregue a uma determinada distribuidora.

Ademais, continua a agência, na sistemática em vigor, a receita das geradoras não depende da “geração verificada”, mas da “disponibilidade de geração”, fazendo o preço variar em razão da alocação de riscos, e não da entrega física da energia como supõem os apelados.

Por todo o exposto, não faz sentido a imputação à Termopernambuco da prática de “atravessamento” de energia.

#### 2.6 – DA LIVRE CONCORRÊNCIA

A venda à CELPE da energia produzida pela Termopernambuco não ofende a livre concorrência, por tratar-se de contrato firmado por pessoas jurídicas distintas, embora uma seja acionista da outra, e também porque não ficou comprovado qualquer impacto negativo dessa contratação na tarifa de comercialização da energia.

Aqui valem as mesmas considerações expendidas no tópico precedente acerca da atuação do Operador Nacional do Setor Elétrico (ONS), que centraliza o fornecimento de energia às distribuidoras, dificultando o açambarcamento nesse setor.

#### 2.7 – DA AMEAÇA AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DA CONCESSÃO

Os dados com os quais os apelantes pretendem comprovar a boa saúde financeira da CELPE não infirmam a noção de que o expurgo dos custos da energia afetaria o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

É mais do que evidente o reflexo negativo na receita da empresa, decorrente da imposição da totalidade de um custo “não gerenciável”, isto é, de um custo que independe da ca-

pacidade de gestão da empresa.

Se a hipótese de quebra não se verificou concretamente é porque a liminar que determinara tal expurgo foi suspensa pelo STJ.

\* \* \*

Em conclusão:

a) a Termopernambuco é pessoa estranha à relação jurídica controvertida;

b) a CELPE faz jus ao repasse, à tarifa, do custo de aquisição da energia da Termopernambuco, nos limites legais e contratuais;

c) não ficou demonstrada a ilegalidade, nem a lesividade dos referidos custos, para efeitos de determinação da tarifa da CELPE.

Posto isso, voto pelo provimento da apelação da Termopernambuco, para acolher a preliminar de sua ilegitimidade passiva, excluindo-a do processo, ressalvada a possibilidade de intervir no feito como assistente, e, no mérito, pelo provimento das apelações da CELPE e da ANEEL, para julgar improcedente o pedido inaugural.

Não há nada a dispor sobre a sucumbência, por serem os apelados Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de Pernambuco isentos do pagamento das respectivas verbas, nos termos do art. 18 da Lei n.º 7.347/85 e da orientação pretoriana do STJ.

Recife, 2 de dezembro de 2008.

**Des. Federal Marcelo Navarro**  
Relator

# Defesa em Ação de Investigação Eleitoral

**EXMO. SR. JUIZ ELEITORAL DA XXª ZONA ELEITORAL – XXXXXXXXXXXX – PE**

**Ação de investigação judicial eleitoral**  
Processo nº XXX/08

XXXXXXXXXXXX e XXXXXXXXXXXXXXX já qualificados nos autos, notificados em 21.08.08, às 1:00 h., vêm, por intermédio de seus advogados (Doc. 01), no prazo legal, apresentar **DEFESA** quanto aos termos da **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL Nº XXX/08**, proposta pela **COLIGAÇÃO XXXXXXXXXXXXXXX** expondo e, ao final, requerendo o seguinte:

#### I – DOS FATOS

Os Defendentes são acusados de praticarem a conduta vedada prevista no art. 73, I e II, da Lei Federal nº 9.504/97.

A acusação é de que o 1º Defendente, na condição de Prefeito, permitiu a utilização de veículos locados pela administração municipal na carreata realizada no último dia 03 de agosto do ano em curso.

#### II – DO DIREITO

##### A) INEXISTÊNCIA DA PRÁTICA DAS CONDUTAS VEDADAS TIPIFICADAS NOS INCISOS I E II DO ART. 73 DA LEI ELEITORAL

O inciso I do art. 73 da Lei Federal nº 9.504/97 refere-se expressamente a utilização, em benefício de candidato, de bens **PERTENCENTES À ADMINISTRAÇÃO**. Eis a literal dicção do referido dispositivo legal:

“Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais:

I - ceder ou usar, em benefício de candidato, partido político ou coligação, **bens móveis ou imóveis pertencentes à administração direta ou indireta** da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, ressalvada a realização de convenção partidária;” (grifamos)

Como fica evidente, a ratio da norma legal em epígrafe foi proibir a utilização em favor de candidato de bem integrante do patrimônio público, o que, logicamente, exclui veículos pertencentes a particulares e meramente contratados para, em determinados dias e horários (não há a disposição integral dos veículos por parte da administração pública), realizar serviços públicos.

É evidente, portanto, que, para a subsunção dos fatos à referida norma legal, faz-se necessário haver a prova de que está em jogo a utilização de bens integrantes do patrimônio público, o que, no caso presente, não ocorreu.

A condição dos veículos objeto da presente demanda (veículos contratados, ou seja, não integrantes do patrimônio público) é fato incontroverso, posto que expressamente reconhecida na exordial.

Não bastasse a ausência de controvérsia a respeito da questão, os documentos ora anexados comprovam cabalmente que os veículos não pertencem à administração municipal, estando meramente contratados para prestar serviços específicos em determinados dias e horários, sem retirar, portanto, o direito de seus proprietários, fora dos períodos abrangidos pelo contrato, deles fazerem o uso que melhor lhes aprouver, em homenagem, inclusive, ao direito de propriedade garantido constitucionalmente (art. 5º, caput, da CF/88).

Posto isto, convém esclarecer que o Município realizou licitação, na modalidade pregão, para contratar serviço de transporte de alunos da rede municipal e estadual de ensino, tendo sido vencedora a empresa XXXX – TRANSPORTES RODOVIÁRIO DE CARGAS, ESCOLARES E SERVIÇOS LTDA. (Docs. 02 a 05).

Referida empresa, contudo, sub-contratou os veículos e motoristas particulares para realizar o transporte dos estudantes, conforme relação anexa (Docs.06 e 07). E é ela que efetua os pagamentos aos seus sub-contratados. Muitos dos veículos são substituídos por ela. Não há relação direta dos veículos com a Prefeitura.

Quanto aos veículos pertencentes aos senhores XXXXXXXXX (Fiat Duacto Minibus,), XXXXXXXXXXXX (Mercedes Benz/ OF 1620) e XXXXXXXxxxx (Ford Del Rey GL X), pode-se constatar da cláusula 1ª, § 2º, dos Contratos que não há cláusula de exclusividade. Os contratos clausulam que os veículos estão liberados nos domingos e feriados. E que a utilização naqueles dias será eventual, em caso de necessidade (Docs. 08 a 10).

Posto isto, faz-se mister esclarecer que o fato de veículos, pertencentes a particulares, num feriado, no domingo ou em outro horário que não o da prestação do serviço público, participarem de carreata ou de qualquer outro evento, de natureza eleitoral ou não, não caracteriza conduta vedada pela legislação eleitoral. Afinal, o dono de um veículo **pode dar-lhe a destinação que bem lhe aprouver, desde que respeite o horário contratado com a empresa que presta serviços à Prefeitura, posto que não há cláusula de exclusividade.** E, fora do horário convencionado, os proprietários são livres para qualquer atividade. Do contrário seria uma restrição ao direito de propriedade.

Ora, se o servidor público, fora do horário de expediente, pode trabalhar em comitês, fazer campanhas, etc (art. 73, III, da Lei 9504/97), da mesma forma os proprietários dos veículos podem usá-los também para participarem de eventos políticos, fora do horário da prestação de serviço.

Resta demonstrado, portanto, que a Prefeitura Municipal de XXXXXXXXX não tem nenhum vínculo com os veículos eventualmente sub-contratados pela empresa contratada.

Nesse sentido é o posicionamento dos Tribunais Eleitorais:

“Eleitoral. Recurso. Representação. Ação de Investigação Judicial. Abuso de poder político e de autoridade. Veículos destinados ao transporte escolar. Transporte de eleitores. Prova inexistente. Provimento negado. **Inexistindo prova nos autos da exclusividade na prestação de serviços de transporte, em favor da Prefeitura, por proprietário de ônibus, não há ilícito eleitoral na contratação do mesmo veículo por Coligação Partidária, se a utilização se deu unicamente no dia 07/09/2004, feriado nacional, sem atividade escolar na localidade. Decisão mantida.**” (TRE –BA, RE 7228, Acórdão nº 3189, Rel. Eliezé Bispo dos Santos, julg. 01/12/2004, pub. 08/12/2004).

“Eleitoral. Recurso. Representação, Conduta vedada, Art. 73 da Lei nº 9.504/97. Não configuração. Contratação. Veículos automotores. Prestação de serviço ao Município. Inexistência de cláusula de exclusividade. Natureza privada do bem. Desprovimento. Preliminar de inconstitucionalidade.

Cuidando, a rigor, de norma sancionatória em face do descumprimento da legislação eleitoral, e não de hipótese de inelegibilidade, não se vislumbra inconstitucionalidade do art. 73, § 5º, da lei nº 9.504/97. Mérito.

**Não se tratando de bem pertencente ou mesmo exclusivamente afetado ao município, e sim de domínio privado, que é utilizado na prestação na prestação de serviço, em horário determinado, à administração municipal, não existe vedação quanto à possibilidade de serem locados a quem quer que seja, porquanto no contrato firmado com a Prefeitura não restou estabelecida cláusula de exclusividade, pelo que há de se negar provimento ao recurso.**” (TRE –BA, RE 1267, Acórdão nº 3022, Rel. Pedro de Azevedo Souza Filho, julg.31/10/2004).

“REPRESENTAÇÃO. CONDOTA VEDADA. ART. 73 INCISOS II E III DA LEI Nº 9.504/97.

Não há prazo decadencial estipulado em lei para o ajuizamento de representação por conduta vedada, não sendo cabível a aplicação, por analogia, do prazo de 48 horas previsto no art. 58 da Lei nº 9.504/97.

O transporte escolar por meio de veículo particular contratado pelo Município e pago com recursos do FUNDEF constitui serviço público. Deixa de sê-lo, contudo, nos fins de semana e em dia de recesso escolar. Desvinculado do serviço público, o veículo retoma sua característica de domínio privado, podendo livremente ser utilizado por seu proprietário. Inexistência de prática de conduta vedada. Improcedência da representação.” (Representação nº 11308, TRE/CE, Fortaleza, Rel. Francisco Roberto Machado. j. 20.10.2003, unânime, DJ 07.11.2003).

“RECURSOS ELEITORAIS. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. PRELIMINARES:

1 - De ilegitimidade - afastada. Mérito favorável.

2 - Nulidade da sentença por ausência de fundamentação - rejeitada. Todas as questões foram abordadas. A lei exige que a sentença seja motivada, ainda que de forma sucinta.

3 - Violação ao princípio da identidade física do juiz - rejeitada. A hipótese está contida na ressalva do art. 132 do Código de Processo Civil.

4 - Cerceamento de defesa. Prejudicialidade reconhecida.

Mérito. As provas não autorizam a concluir que as benesses foram distribuídas em benefício do candidato. Inexistência de pedido de voto.

**Quanto à utilização de veículo arrendado pela Prefeitura, não há cláusula de exclusividade para prestação do serviço com o Município. Não comprovação do pagamento com dinheiro público.** Irregularidade do processo licitatório - não compete à Justiça Eleitoral o exame da matéria.

Divulgação de fotos de obras públicas em capas de cadernos. Inexistência de propaganda eleitoral e de promoção pessoal capaz de configurar abuso de poder político suficiente a desequilibrar o pleito. Recurso provido.

Agravo de instrumento. Efeito suspensivo. Perda do objeto. Prejudicado.” (Recurso Eleitoral nº 2202001 (556/2003), TRE/MG, Burity, Rel. Marcelo Guimarães Rodrigues. j. 31.03.2003, DJMG 01.05.2003, p. 79).

Por outro lado, é evidente a inaplicabilidade ao caso presente do inciso II do art. 73 da Lei das Eleições.

Efetivamente, o supramencionado dispositivo legal trata especificamente da utilização de MATERIAS OU SERVIÇOS, custeados pelos Governos ou Casas Legislativas.

A intenção da referida norma legal foi proibir a utilização de materiais de expediente e serviços de correio, reprografia e outros pelos agentes públicos em benefício de suas imagens. E o 1º defendente, como Prefeito, teve o cuidado de baixar o Decreto Municipal n. XXX, de 01 de fevereiro de 2008, alertando a Administração Municipal para a necessidade de cumprir a legislação eleitoral e observância às condutas vedadas (Docs. 11 e 12). Isto demonstra a boa-fé e lisura.

Esclarece que a carreata questionada se realizou no domingo 03.08.08. E que após a edição da Portaria pela MM Juíza Eleitoral, vedando a utilização de veículos terceirizados de participarem de eventos políticos eleitorais, o 1º defendente determinou o imediato cumprimento da ordem, não mais se repetindo o fato (Doc. 13).

Nesse contexto, é evidente que veículos não se incluem no conceito de MATERIAIS OU SERVIÇOS, únicos bens atingidos pelo comando normativo ora analisado.

Ressalte-se que, conforme decido pelo TSE no Acórdão nº 24.989/RN (rel. Min. Caputo Bastos, pub. no DJ de 26.08.2005, p. 174), “a intervenção da Justiça Eleitoral há de se fazer com o devido cuidado no que concerne ao tema das condutas vedadas, a fim de não se impor, sem prudencial critério, severas restrições ao administrador público no exercício de suas funções.”

Efetivamente, as normas que prevêm as condutas vedadas aos agentes políticos configuram normas de restrição ao exercício de funções políticas de elevada envergadura, razão pela qual, em face de sua natureza excepcional, devem ser interpretadas restritivamente.

É premissa inafastável da hermenêutica jurídica que toda regra de exceção deve ser interpretada restritivamente. Já ensinava **Carlos Maximiliano** que “interpretam-se estritamente os dispositivos que instituem exceções às regras gerais firmadas pela Constituição” (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio, Forense, 2000, p. 313).

Dessa forma, em sede de interpretação de dispositivo que estabelece exceções ao livre desempenho de atribuições constitucionais de caráter político (restrições ao pleno exercício do mandato eletivo), deve prevalecer o mais amplamente possível a literalidade do texto legal, sendo vedado ao intérprete estender o comando normativo a hipóteses não expressamente nele previstas.

O **Min. Caputo Bastos**, em célebre voto condutor proferido no **Ac. nº 24.963**, deixou assente o seguinte:

“Demais disso, entendeu o v. acórdão recorrido, que as infrações descritas no art. 73 não se revestem de caráter penal. Daí porque consignou o eminente Relator que essa circunstância afastaria a adoção dos critérios de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade na aplicação da norma.

Também aqui, com a mais respeitosa licença, assim não entendo. Já consignei em outras ocasiões que, embora de matéria penal não se cuide no capítulo das condutas vedadas, creio que, por se tratar de normas que permeiam a rotina cotidiana do administrador público, sua interpretação e subsunção há de se fazer de forma estrita.

Em outras palavras, as condutas vedadas – para seu reconhecimento – estão subsumidas ao princípio da tipicidade e da legalidade estrita, à semelhança do que em matéria penal e tributária.”

A necessidade de se conferir interpretação restritiva ao art. 77 da Lei Federal nº 9.504/97 também foi expressamente consignada no seguinte precedente do egrégio TSE:

“I- Solenidade de sorteio de casas populares não se enquadra no conceito de inauguração de obra pública. Interpretação restritiva do art. 77 da Lei nº 9.504/97.

II- Em tempos de campanha eleitoral, a presença dos mais altos dignitários, nas mais variadas espécies de eventos ligados às eleições, não caracteriza um escândalo, desde que não descambe para o pleno abuso.

III- Recurso especial provido.” (TSE, Ac. nº 24790/SP, de 02.12.2004, rel. Min. GILMAR FERREIRA MENDES, pub. no DJ de 29.04.2005, p. 113 e na RJTSE, vol. 16, tomo 1, p. 307)

Diante dos postulados acima expostos, não se pode dar interpretação ampliativa aos incisos I e II do art. 73 da Lei das Eleições para abarcar os fatos objeto da inicial.

## **B) INEXISTÊNCIA DE POTENCIALIDADE PARA INFLUIR NO RESULTADO DAS ELEIÇÕES**

Mesmo que os fatos narrados na inicial pudessem ser tidos como procedentes, o que se admite apenas para argumentar, tratar-se-ia de **irregularidade eleitoral de reduzidíssimo potencial ofensivo, sem qualquer potencialidade para influir no resultado das eleições**. Efetivamente, não seria a mera participação de alguns poucos veículos locados em carreata que teria o condão de desequilibrar uma eleição.

Conforme atualmente se encontra pacificado na jurisprudência do egrégio TSE (ressalte-se que está superado o enten-

dimento de que para a configuração da conduta vedada é dispensado o exame da potencialidade para influir no resultado das eleições), “para a configuração de conduta vedada a agente público, segundo os tipos da Lei das Eleições, o fato deve apresentar capacidade concreta para comprometer a igualdade do pleito” (Ac. nº 25758/SP, de 22.03.2007, rel. Min. Cezar Peluso, pub. no DJ de 11.04.2007, p. 199). Confira-se as ementas das seguintes decisões sobre o tema em questão:

“1. RECURSO. Agravo regimental. Teses não ventiladas na decisão impugnada, nem no recurso especial. Conhecimento. Impossibilidade. É incabível inovação das teses recursais no âmbito do agravo regimental. 2. Recurso. Especial. Seguimento negado. Agravo de instrumento. Abuso do poder político e de autoridade. Conduta vedada. Potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito. Não comprovação. Agravo desprovido. **É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que a existência de potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito é requisito indispensável para o reconhecimento da prática de conduta vedada e de abuso de poder.**” (TSE, Ac. nº 6638/SP, de 25.03.2008, rel. Min. ANTONIO CEZAR PELUSO, pub. no DJ de 23.04.2008, p. 08)

“1. Recurso. Especial. Provimento. Decisão monocrática. Art. 36, § 7º, do RITSE. Não recepção pela CF/88. Incogitabilidade. Incogitável a não recepção pela Constituição da República de norma que fora inserida no Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral após 5 de outubro de 1988. 2. Inconstitucionalidade. Art. 557, § 1º-A, do CPC. Não configuração. Princípio da ampla defesa. Violação. Inexistência. Precedente do STF. A regra ínsita no art. 36, § 7º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, que reproduz o disposto no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, primou por dar celeridade ao processo, sem descurar da ampla defesa. 3. Ação de investigação judicial eleitoral. Conduta vedada. **Potencialidade de a conduta interferir no resultado do pleito. Imprescindibilidade. Hoje é firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que a existência de potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito é requisito indispensável para o reconhecimento da prática de conduta vedada.** 4. Inelegibilidade. Eleições 2004. Prazo. Três anos. Perda do objeto. Recurso prejudicado nesta parte. Precedentes. Agravo desprovido. Ultrapassado o período de três anos da realização do pleito, opera-se a perda de objeto da ação de investigação judicial eleitoral na parte em que visa à decretação de inelegibilidade.” (TSE, Ac. nº 25099/SP, de 25.03.2008, rel. Min. ANTONIO CEZAR PELUSO, pub. no DJ de 23.04.2008, p. 09)

“Representação. Condutas vedadas. Art. 73 da Lei nº 9.504/97. Decisões regionais. Improcedência. Recurso especial. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal. Incidência. Requisito. Potencialidade. Desequilíbrio. Resultado. Eleições. Ausência.

**1. A existência de potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito é requisito indispensável para o reconhecimento da prática de conduta vedada.**

2. Para afastar, no caso concreto, a conclusão da Corte Regional Eleitoral, que entendeu não-configurada a infração do art. 73, I e III, da Lei das Eleições, por considerar o conjunto probatório insuficiente, seria necessário o reexame de fatos e provas, vedado nesta instância especial, a teor do disposto no Verbete nº 279 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Agravo regimental desprovido.” (TSE, Ac. nº 25754DF, de 10.10.2006, rel. Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, pub. no DJ de 27.10.2006, p. 204)

“1. Ação de investigação judicial eleitoral. Art. 73, I, III e V, da Lei nº 9.504/97. Prazo para ajuizamento até as eleições. Precedente. Preliminar de falta de interesse processual afastada. O prazo para ajuizamento de ação de investigação judicial eleitoral, com fundamento no art. 73 da Lei nº 9.504/97, vai até a data das eleições. 2. Influência no equilíbrio do pleito. Inexistência. Ausência de configuração de conduta vedada a agente público. Precedente. Recurso especial não admitido. Agravo improvido. **Para configuração de conduta vedada a agente público, segundo os tipos da Lei das Eleições, o fato deve apresentar capacidade concreta para comprometer a igualdade do pleito.**” (TSE, Ac. nº 25758/SP, de 22.03.2007, rel. Min. Cezar Peluso, pub. no DJ de 11.04.2007, p. 199)

No caso presente, é evidente a não existência de potencialidade dos fatos para influir no resultado das eleições, razão pela qual não se encontra autorizada a aplicação das sanções previstas na legislação eleitoral.

## **C) INCONSTITUCIONALIDADE DO § 5º DO ART. 73 DA LEI DAS ELEIÇÕES**

O § 5º do art. 73 da Lei das Eleições, ao prever como pena a cassação do registro da candidatura ou do diploma, criou novo tipo de inelegibilidade, invadindo, dessa forma, o campo normativo reservado pela Constituição Federal à lei complementar.

Eis o teor do art. § 9º do art. 14 da Carta Magna:

“Art. 14. ....  
.....

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

É flagrante a inconstitucionalidade em questão, posto que a inelegibilidade pela participação em inauguração de obra pública foi instituída através de lei ordinária, violando, assim, a exigência de edição de lei complementar constante do § 9º do art. 14 da Lei Maior.

#### D) NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL

Os argumentos expendidos acima, ao ver dos Defendentes, são absolutamente suficientes para fulminar a pretensão veiculada na exordial, posto que demonstraram com clareza a inocorrência dos ilícitos eleitorais tipificados nos incisos I e II do art. 73 da Lei das Eleições.

Entretanto, caso assim não se entenda, o que se admite apenas para argumentar, é preciso esclarecer que as imagens e o áudio constantes do vídeo juntado aos autos com a inicial possuem claros indícios de adulteração.

Uma simples olhar atento deixa entrever que houve alterações e inserções de imagens e áudios com a clara finalidade de induzir esse Juízo em erro.

Dessa forma, caso esse Juízo entenda que não existem elementos suficientes para rejeitar de pronto a pretensão deduzida na exordial, o que se admite apenas para argumentar, requerem a realização de prova pericial no vídeo constante dos autos, a fim de que fique provada a montagem perpetrada nas imagens e no áudio.

#### III – PEDIDOS

Diante do exposto, requerem sejam julgados improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Protestam por todos os meios de provas em direito permitidos, especialmente, se for julgado necessário, a realização de prova pericial no vídeo constante dos autos e a ouvida das seguintes testemunhas:

#### ROL DE TESTEMUNHAS:

Como são mais de um demandados, segue o rol com oito (8) testemunhas.

Pedem deferimento.  
Recife, 23 de agosto de 2008.

**Márcio José Alves de Souza**  
OAB-PE 5786

**Carlos Henrique V. de Andrada**  
OAB-PE 12.135

**Amaro Alves de Souza Netto**  
OAB-PE 26.082

Obs.: A AIJE foi julgada improcedente em 1º grau, não havendo recurso ao TRE-PE

# Ação ordinária de alteração de regime de bens

#### EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA DE X, ESTADO DE X

XXXXX, brasileiro, empresário, inscrito no CPF sob o nº 000.000.000-00, portador da cédula de identidade nº 000.000-SSP/PE, e sua esposa XXXXX, brasileira, empresária, inscrita no CPF sob o nº 000.000.000-00, portadora da cédula de identidade nº 0.000.000-SSP/PE, residentes na Av. X, nº X, no bairro de X, na cidade de X, com domicílio profissional na Av.X, nº X, no bairro de X, nesta cidade de X, vem perante V.Exª., por suas advogadas e procuradoras ao final assinadas, investidas de poderes nos termos de instrumento de procuração em anexo, propor a presente

#### AÇÃO ORDINÁRIA DE ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS

com fundamento no art. 1.639, § 2º do Código Civil Brasileiro de 2002, do regime da comunhão parcial de bens para o regime da separação de bens, nos termos das razões e motivos de fato e de direito a seguir expostos.

#### (i) Dos fatos relativos à presente Ação

1. Os autores XXXXX, e XXXXX, são casados, desde X de dezembro de X, pelo regime da comunhão parcial de bens, conforme faz prova a certidão de casamento em anexo, celebrada no Cartório da 4ª Circunscrição do Registro Civil da Cidade de X, Estado de X, no Livro “X”, às fls. X, sob o nº X (doc. anexo).

2. O casal tem duas filhas menores impúberes, XXXXX, nascida em X de novembro de X, contando X (X) anos de idade, e XXXXX, nascida em X de julho de X, com X (X) anos de idade, como demonstrado pelas anexas certidões de nascimento (doc. anexo).

3. Ao se casar, o autor XXXXX. exercia a atividade de empresário, sendo sócio da sociedade limitada XXXXX., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.000.000/0001-07, com sede na Av. X nº X, no bairro de X, em Recife, Estado de X, conforme faz prova a anexa certidão da Junta Comercial do Estado de Pernambuco (doc. anexo).

4. Durante a constância do casamento, o autor XXXXX passou a ser também sócio de outras 02 (duas) sociedades comerciais, XXXXX, inscrita no CNPJ sob o nº 00.000.000/0001-08, com sede na BR X, Km. X, s/n, no município de X, Estado de Pernambuco, constituída em X de outubro de X (doc. anexo), e XXXXX, inscrita no CNPJ sob o nº 00.000.00/0001-04, com sede na Av. X, nº X, X, na cidade de X, Estado da X (doc. anexo).

5. A autora e esposa, XXXXX, após alguns anos exercendo atividades de gerenciamento administrativo nas empresas em que o marido XXXXX era sócio, resolveu constituir a sua própria empresa comercial, passando a integrar a socie-

dade XXXXX, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.000.000/0001-03, com sede na Rua X, nº X, no bairro da X, nesta cidade de X(doc. anexo).

6. Em termos de patrimônio imobiliário, fruto do trabalho comum do casal, estes vieram a adquirir, os seguintes bens imóveis:

a) apartamento nº X do X, situado na Avenida X, nº X, no bairro de X, X, adquirido no ano de (\_\_\_\_), e posteriormente objeto de doação em favor de suas filhas menores impúberes, XXXXX e XXXXX, com cláusula de usufruto vitalício em favor dos pais XXXXX e XXXXX, nos termos de Escritura Pública de Doação com Reserva de Usufruto celebrada no Cartório do 8º Ofício de Notas e do Registro Geral de Imóveis de X, em X de março de X, no Livro nº X, às fls. X a X, objeto da matrícula nº X perante o mesmo cartório (doc. anexo);

b) apartamento nº X do X, situado na Avenida X, nº X, em X, município de X, Estado de X, adquirido em X de junho de X, conforme Escritura Pública de Compra e Venda lavrada no Cartório do 08º Ofício Notarial e Registral da Comarca de X, Estado de X, no Livro nº X, às folhas X, objeto da matrícula nº X (doc. anexo).

7. Cumpre ressaltar que, com exceção das quotas no capital da empresa XXXXX, de propriedade exclusiva do autor e cônjuge XXXXX, todos os demais bens móveis e imóveis do casal foram adquiridos na constância do casamento, de modo que se constituem em patrimônio comum do casal, nos termos do art. 271 do Código Civil de 1916, que permanece aplicável para determinação do regime jurídico de bens dos autores, por força do art. 2.039 do Código Civil de 2002.

8. Em resumo, conforme o quadro abaixo, são os seguintes os bens integrantes do patrimônio comum do casal, na data da propositura da presente ação:

#### RELAÇÃO DOS BENS COMUNS DO CASAL

ITEM	DESCRIÇÃO	VALOR (R\$)
1	5.000 quotas do capital da sociedade XXXXXXX.	5.000,00
2	50 quotas do capital da sociedade XXXXXXX.	50.000,00
3	5 quotas do capital da sociedade XXXXXXX.	5.000,00
4	Direitos de usufruto vitalício sobre o apartamento nº X do Edifício X, situado na Avenida X, nº X, no bairro de X, X.	375.000,00
5	Apartamento nº X do Edifício X, situado na Avenida X, nº 3.842, no bairro de X, X	80.000,00
6	Automóvel marca X, modelo X Terra, ano (____), placa (____)	90.000,00
7	Automóvel marca X, modelo Picasso, ano (____), placa (____)	40.000,00
	<b>TOTAL</b>	<b>550.000,00</b>

#### (ii) Da justificativa para a alteração do regime de bens

9. Até o ano de X, apenas o cônjuge varão XXXXX exercia a atividade empresarial para o sustento da sua família, como sócio e administrador de sociedades comerciais ou empresárias, assumindo em seu nome todos os riscos e passivos próprios dessa atividade. Com efeito, é de se reconhecer que a atividade empresarial envolve grande responsabilidade por parte daqueles que a exercem, perante fornecedores, clientes, empregados e também junto à Fazenda Pública.

10. Apesar da regra da responsabilidade limitada implicar na separação patrimonial entre os bens da sociedade e os bens dos sócios, o exercício das funções de administração e gerência importa na assunção de riscos que podem implicar, ainda que em caráter subsidiário, na execução do patrimônio pessoal e familiar por dívidas da empresa, notadamente nas esferas trabalhista, previdenciária e tributária.

11. Nos regimes da comunhão de bens e da comunhão parcial, tanto os bens como também o passivo e as dívidas dos cônjuges comunicam-se para todos os efeitos patrimoniais. Assim, enquanto apenas um dos cônjuges exerce atividade empresarial, em benefício da família, o regime da comunhão de bens demonstra-se o mais adequado para reger as relações patrimoniais. Afinal, o cônjuge que não exerce atividade empresarial também é beneficiário dos resultados da exploração mercantil. A partir do momento em que ambos os cônjuges passam a exercer atividades empresariais separadamente, cada qual empregando capital próprio, originário de suas economias, através de sociedades empresárias sem participação comum, então, o regime da separação de bens revela-se o mais aconselhável para a proteção do patrimônio familiar, em benefício, principalmente, dos filhos do casal.

12. Com efeito, considerando que a partir do ano de X, também a autora XXXXX passou a exercer atividade empresarial através de uma sociedade comercial sem a participação do marido, o patrimônio familiar ficará, destarte, duplamente exposto a possíveis percalços decorrentes do risco empresarial. É importante destacar que tal opção de exercício separado ou individualizado de atividade empresarial não se encontrava presente no momento da celebração do casamento pelo regime da comunhão parcial de bens, no ano de 1991, mas veio a se manifestar no momento atual, como uma necessidade de ampliar as possibilidades de rendimentos do casal em benefício último da família.

13. Cumpre neste ponto destacar que ambos os autores e cônjuges, XXXXX e XXXXX, assim como as sociedades empresárias em que participam, são pessoas solventes, que possuem patrimônio próprio, de modo que a mudança no regime de bens no casamento não representará qualquer prejuízo ou diminuição de garantia perante eventuais credores, tal como atestam as respectivas certidões negativas de ações, execuções e débitos tributários e previdenciários apresentadas em anexo (doc.).

#### (iii) Da previsão legal para a mudança do regime de bens

14. O Código Civil de 2002 prevê a possibilidade de modificação no regime de bens, autorizando sua alteração na constância do casamento, mediante ordem judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, como enunciado pelo § 2º do seu art. 1.639, verbis:

“Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

(.....)

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

15. De acordo com as razões expostas na presente ação, revelam-se plenamente justificáveis e procedentes as razões invocadas pelos cônjuges e autores, visando a alteração do regime jurídico de bens do casamento, de comunhão parcial de bens, para a separação total de bens. Ademais, essa modificação do regime de bens é totalmente plausível e admissível, ainda que o casamento haja sido celebrado sob a égide do revogado Código Civil de 1916, tal como

reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça:plausível e admissível, ainda que o casamento haja sido celebrado sob a égide do revogado Código Civil de 1916, tal como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL – CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) - POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) - CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA. 1 - Apresenta-se razoável, in casu, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. 2 - Recurso conhecido e provido pela alínea “a” para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002”..¹

16. A mudança no regime jurídico de bens do casamento, ora requerida consensualmente pelos autores, resulta da necessidade de se estabelecer um patrimônio próprio e específico para que cada um dos cônjuges possa exercer, com autonomia e independência, suas atividades empresariais, sem colocar em risco desnecessário o patrimônio familiar e a segurança futura dos filhos do casal.

#### (iv) Do patrimônio do casal e sua divisão

17. Considerando, assim, os bens integrantes do patrimônio do casal e adquiridos na constância do casamento, relacionados e especificados no quadro acima, para efeitos de divisão e partilha, visando a alteração do regime de bens, os autores XXXXX e sua esposa XXXXX. vêm requerer que, deferida a modificação do regime de bens de comunhão parcial para separação de bens, seja o patrimônio atual do casal partilhado do seguinte modo:

##### (iv.1) Bens integrantes do patrimônio comum

ITEM	DESCRIÇÃO	VALOR (R\$)
1	Direitos de usufruto vitalício sobre o apartamento nº X do Edifício X, situado na Avenida X, nº X, no bairro de X, X	375.000,00
	<b>TOTAL</b>	<b>375.000,00</b>

##### (iv.2) Bens integrantes do patrimônio do cônjuge N.M.J

ITEM	DESCRIÇÃO	VALOR (R\$)
1	5.000 quotas do capital da sociedade XXXXXXX	5.000,00
2	50 quotas do capital da sociedade XXXXXXX	50.000,00
3	Automóvel marca X, modelo X Terra, ano (____), placa (____)	90.000,00
	<b>TOTAL</b>	

##### (iv.3) Bens integrantes do patrimônio do cônjuge L.C.M.S

ITEM	DESCRIÇÃO	VALOR (R\$)
1	5 quotas do capital da sociedade XXXXXXX	5.000,00
2	Automóvel marca X, modelo Picasso, ano (____), placa (____)	50.000,00
	<b>TOTAL</b>	<b>90.000,00</b>

##### (v) Do pedido e requerimentos finais

18. Em razão de todo o exposto nesta peça inicial, os Autores vêm requerer desse Douto Juízo que, a teor do autorizado pelo § 2º do art. 1.639 do Código Civil de 2002, considere procedentes as razões e justificativas carreadas aos autos e as provas constantes dos documentos anexos, não existindo passivo que represente risco a terceiros, para assim deferir, em consequência, a alteração do regime de casamento dos cônjuges XXXXX e XXXXX, de comunhão parcial de bens para o da separação de bens.

19. Julgada procedente a presente Ação de Alteração de Regime de Bens, deve ser expedida ordem, através de carta precatória, para que o Cartório da Xª Circunscrição do Registro Civil da Cidade de X, Estado de X, no Livro “X”, às fls. X, sob o nº X, proceda à necessária averbação da mudança de regime patrimonial dos cônjuges, com a emissão da competente certidão modificativa, visando a produção dos efeitos jurídicos requeridos, nos termos do art. 109 da Lei 6.015/73.

20. Para a devida instrução do processo, os Autores requerem a ouvida do representante do Ministério Público, que deverá emitir o competente parecer.

21. Protestam provar o alegado por todos os meios de prova admissíveis em direito, em especial pelo depoimento pessoal das partes, ouvida de testemunhas e juntada posterior de documentos.

22. Dão à causa, para todos os fins e efeitos de direito, o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

São os termos em que,  
Pedem e esperam deferimento.

Recife, 14 de Novembro de 2008.

**ANDRÉA CARLA ALBUQUERQUE ANDRADE DE OLIVEIRA**  
OAB/PE 16.333

**GISELE MARTORELLI**  
OAB/PE 15.051

¹ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, RESP 730546-MG, Relator Min. Jorge Scartezini, julgado em 23.08.2005, DOU 03.10.2005, p. 00279.

# Mandado de segurança

## EXMO. SR. DES. PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO.

“... dentro de um Estado democrático não há sentido em se falar de ‘investigações secretas’, até porque, na construção do quadro garantidor e na nova ordem processual acusatória, deve o investigado ser alertado sobre o procedimento instaurado” (FAUZI CHOUKR, promotor de Justiça em São Paulo, na monografia que lhe valeu a obtenção do título de Mestre pela Universidade de São Paulo em Direito Processual Penal - Garantias Constitucionais na Investigação Criminal”, SP, ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 92)...

01. O bel. **BORIS TRINDADE**, brasileiro, casado, inscrito na OAB-PE sob o no. 2.032, vem em causa própria, ajuizar

MANDADO DE SEGURANÇA,  
COM PEDIDO DE LIMINAR<sup>1</sup>,

contra ato do **EXMO. SR. DR. JUIZ DA Xª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DE PERNAMBUCO** - autoridade coatora - fazendo-o com fundamento no artg. 5º, inciso LXIX, CF; e louvado, ainda, nos artgs. 1º e seguintes, da Lei 1.533/51, pelos motivos e fatos seguintes:

### DOS FATOS:

02. O suplicante foi procurado pelo Dr. , a fim de acompanhá-lo em uma oitiva perante a SR/DPF/PE, em inquérito policial em curso na SR/DPF/PE, visto como havia recebido intimação da SR/DPF/PE para comparecer no dia XX.XX.XX, “a fim de prestar esclarecimentos no interesse da Justiça”.

03. Contudo, ao comparecer na SR/DPF/PE, na manhã do dia XX.XX.XX, antes mesmo de “prestar esclarecimentos no interesse da Justiça” o dr. , constituinte do signatário, foi surpreendido pela notícia da il. autoridade policial no sentido de que seria **indiciado, qualificado e interrogado**, ao invés de “prestar esclarecimentos no interesse da Justiça”, como fora intimado.

04. E o que é pior: não obstante o constituinte do signatário ter sido **indiciado**, a il. autoridade policial **negou** ao signatário o direito de obter cópias dos autos do inquérito em epígrafe, porque “**o inquérito encontra-se sob sigilo de justiça**” e, por isso mesmo, as cópias deveriam ser “**solicitadas diretamente ao Juízo da XXª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco**”, consoante certificou nos autos.

05. E assim, o impetrante peticionou (Doc. 01) à il. autoridade coatora requerendo as cópias do IPL mencionado, o que foi indeferido, sob o argumento principal de que “**o sigilo é imprescindível para o eficaz desenvolvimento das investigações policiais, mormente porque há diligências pendentes**” (Doc. 02)

06. Assim, o presente *mandamus* objetiva cassar essa decisão do il. juiz coator, ante sua visível ilegalidade, para que o signatário tenha direito de obter cópias do procedimento, a fim de estudar o feito e adotar providências legais pertinentes à defesa do cliente.

### DO DIREITO:

07. Ora, como é cediço, o “sigilo de justiça” é para o público em geral, mas não para as partes e seus respectivos advogados, pois pelo atual sistema em vigor, **não existe processo secreto**, sendo certo que a parte (através de seu defensor) tem direito de conhecer a acusação, a fim de poder se defender, da forma mais ampla possível, como assegura a Carta Magna.

08. Ao depois, como é íntimo de V.Exa., é direito do advogado analisar os autos e copiar, a teor do artg. 7º, inciso XIV<sup>2</sup>, da Lei 8906, de 04/07/94 c/c o artg. 2º, da Lei 3836, de 14/12/60.

09. Vê-se, pois, que o advogado tem assegurado na lei o direito de examinar autos de qualquer natureza **sem procuração**, ressalvados, nesta hipótese, apenas os que estejam sob sigilo. **Com procuração** do interessado (investigado, representado, acusado ou indiciado), porém, **o acesso é pleno, mesmo na hipótese do decreto de sigilo de justiça**, seja qual for o nome que a este se dê.

10. Registre-se, por oportuno, que o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – que é Lei Federal – não fala em suspeito, indiciado ou réu, e **assegura ao advogado – enquanto defesa técnica constituída – o direito de examinar autos de qualquer processo em qualquer repartição ou órgão do Poder Judiciário, inclusive de procedimento administrativo, deles podendo extrair cópias.**

11. Por isso, com a proibição de obtenção de cópias do Inquérito por parte do signatário, advogado regularmente constituído aos autos, a douta Autoridade impetrada está a violar o que é direito líquido e certo, eis que, enquanto profissional da advocacia, tem garantidas, na Lei Fundamental e no ordenamento jurídico ordinário, franquias relativas ao seu livre exercício, ela que é função pública essencial à jurisdição, e atinentes ao direito de examinar e de copiar autos (artigo 70, inciso XIII, da Lei Federal no 8.906/94).

12. Por outro lado, como o direito violado é **líquido e certo**, não amparado por *habeas corpus*, a espécie rende ensejo a este *mandamus*, cuja decisão se exhibe simples em face da certeza do direito e da manifesta violação.

13. Ademais, nunca é demais lembrar que a jurisprudência infra-constitucional construiu-se com extremo respeito ao exercício profissional do advogado e sedimentou como direito do defensor, além de ter vistas dos autos, **retirar** de Cartório ou de repartição, os autos de processo administrativo ou judicial (cfr. RMS 5.547-7, 1ª Turma, STJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros); **mesmo sem procuração** (cfr. RMS 535-SP, 2ª Turma, STJ, rel. Min. Hélio Mosimann); ainda que se trate de processo findo (cfr. RMS 126-SP, 2ª Turma, STJ, rel. Min. Peçanha Martins); ou que seja o advogado relapso (Resp. 29.783-0, 2ª Turma, STJ, rel. Min. Padua Ribeiro); sequer tolerando que a autoridade dificulte o atendimento ao advogado, mesmo “em horário reservado para expediente interno” (cfr. RMS, 1.275-RJ, 1ª Turma. STJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

1 O pedido de liminar só deve ser apreciado após a il. autoridade coatora prestar as informações. Veja-se que a liminar tem caráter satisfativo, sendo inescindível a liquidez do direito agitado, bem como, a certeza de sua procedência. Mas, inobstante a necessidade que os suplicantes têm das xerox’s dos documentos negados, pois necessita dos mesmos para conhecer os motivos pelos quais foi indiciado e adotar as providências pertinentes, juntando tais cópias em eventual pedido de habeas corpus por falta de justa causa, não se trata, pelo menos até agora, de uma necessidade temporal tão urgente. Assim, por cautela, vem deixar declarado que a liminar deve ser apreciada, depois da resposta da autoridade coatora, dado o seu caráter satisfativo.

2 Art. 7º Lei 8906/04: São direitos do advogado: inc. XIV: examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.

14. Ressalte-se que em caso semelhante e recente, esse eg. TRF da 5ª Região concedeu liminar ao signatário (e outros) em Mandado de Segurança, assegurando ao mesmo o direito de vista e cópia de IPL que tramitava em Segredo de Justiça perante a SR/DPF/PE, nos seguintes termos, verbis:

*“2 Assim sendo, defiro em parte a tutela liminar requerida, determinando ao Impetrado que possibilite aos Impetrantes, ter vista do inteiro teor dos autos do Procedimento Criminal nº 2000.83.00.011005-0, desde que unicamente em Cartório, ficando estes últimos autorizados, ainda, a extrair de tais autos as cópias de que necessitem”* (cfr. Processo nº 2004.05.00.013002-0 – rel. o em. Des. Fed. UBALDO ATAÍDE CAVALCANTI).

15. De igual modo, liminar concedida pelo em. Des. Federal Cotrim Guimarães, do TRF de São Paulo, assegurou ao advogado o direito de obter cópias de Inquérito sigiloso, nos seguintes termos, Verbis:

PROCESSO: 2006.03.00.095198-5 - MS 282662  
ORIGEM: 2005.61.81.0075786 - 6P Vr SAO PAULO - SP  
IMPTE: ROBERTO ROCHA  
ADVG: CARLOS ELY ELUF  
IMPDO: JUIZO FEDERAL DA 6 VARA CRIMINAL SAO PAULO  
RELATOR: DES. FED. COTRIM GUIMARÃES / 1ª SEÇÃO

#### Liminar

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por **ROBERTO ROCHA** contra ato judicial praticado pelo Juízo Federal da 6ª Vara Criminal de São Paulo/SP, que, nos autos de inquérito policial tende a apurar suposto crime de competência de Justiça Federal, impediu os impetrantes (advogados) de terem vista dos atos, sob a legação de que, dentre as prerrogativas do advogado previstas no artigo 7º, inciso XIII, do Estatuto da OAB.

Alega o impetrante, em síntese, que a decisão hostilizada padece de manifesta ilegalidade, tendo em vista a garantia constitucional da publicidade processual prevista no artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal. Sustenta também que a decretação de sigilo da investigação não impede o acesso ao teor das investigações pelo advogado constituído, consoante o artigo 7º e incisos do Estatuto da OAB.

#### É o breve relatório.

#### Decido.

... (omissis)...

Da análise do caso concreto referido nos autos, vislumbro motivo a justificar, neste momento, a suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo juiz singular, que decretou o sigilo do inquérito policial nº 2006.61.81.001056-5, impedindo inclusive o acesso aos autos pelos advogados dos investigados, ora impetrantes.

A par da grave controvérsia instalada em torno da discussão sobre o acesso de advogados a autos de investigação criminal, venho me posicionando, há tempos, no sentido de que o sigilo da investigação somente pode ser oposto ao advogado em situações em que sua ciência prévia a respeito de atos e diligências possa frustrar a finalidade investigatória e inviabilizar a consecução de seu objetivo persecutório.

Mesmo nessa hipóteses, as providências investigatórias somente devem estar acobertadas pelo sigilo em relação ao advogado, enquanto estiverem em curso, mas nunca depois de já concluídas e registradas nos autos, ocasião em que não poderá ser sonogado ao patrono o direito de ter vista dos autos, assim como tomar apontamentos, se entender necessário (Art. 7º, incisos XIII, XIV e XV da Lei 8.906/1994).

Penso que tal posição seja a mais consentânea com as balizas constitucionais, uma vez que permite a harmonização da exigência da efetividade da persecução penal com os direitos e garantias individuais.

Nessa medida, à primeira vista, noto que há plausibilidade nos fundamentos jurídicos aduzidos pelo impetrante bem como adequação entre tais fundamentos e a situação fática narrada e devidamente documentada. Atendido está, portanto, o requisito do *fumus boni iuris* e em ordem a recomendar a concessão do pedido de liminar.

Igualmente manifesto está o *periculum in mora*, considerando-se o risco de a manutenção do sigilo decretado imponha ao investigado suportar ação estatal de persecução penal, sem o direito de conhecer o teor e os motivos da apuração.

Além do mais, embora o inquérito policial seja procedimento de natureza administrativa, merece atenção o comando constitucional inserto no art. 93, IX da CF, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, que permite o sigilo de certos atos, remetendo o dispositivo constitucional, entretanto, ao comando exclusivo da lei.

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei 1533/51.

**Observe que a presente liminar autoriza o acesso aos autos do inquérito policial (bem como dos procedimentos criminais diversos referentes ao mesmo caso) pelos advogados, nos limites estritos do artigo 7º e inciso XIV do Estatuto da OAB. Ou seja, será permitido aos advogados, tomar apontamentos e copiar peças, desde que seja na sede do juízo ou da Delegacia, sendo vedada a carga dos autos.**

Publique-se. Intime-se. Requistem-se as informações da autoridade tida por coatora. Após, dê-se vista ao Ministério Público Federal.

São Paulo, 02 de outubro de 2006.

Cotrim Guimarães - Desembargador Federal Relator

16. No mesmo sentido, o STJ, assim se posicionou:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 16.665 - PR RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA  
RECORRENTE : IVAN XAVIER VIANNA FILHO E OUTROS  
ADVOGADO : IVAN XAVIER VIANNA FILHO E OUTRO  
T. ORIGEM : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO  
IMPETRADO : JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA CRIMINAL DE FOZ DO IGUAÇU - SJ/PR  
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

#### EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. INQUÉRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE DECRETAÇÃO DE QUEBRAS DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. SIGILO INCOMPATÍVEL COM GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO INVESTIGADO. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. Ao inquérito policial não se aplica o princípio do contraditório, porquanto é fase investigatória, preparatória da acusação, destinada a subsidiar a atuação do órgão ministerial na persecução penal.

2. Deve-se conciliar os interesses da investigação com o direito de informação do investigado e, consequentemente, de seu advogado, de ter acesso aos autos, a fim de salvaguardar suas garantias constitucionais.

3. **“Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações”** (HC 82.354/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 24/9/2994, p. 42).

4. Recurso a que se dá provimento.

17. Ademais, como é cediço, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu o direito de o advogado ter acesso aos autos de Inquérito, mesmo que sigiloso, e obter cópias, sob pena de cerceamento de defesa do indiciado no inquérito.

18. Exemplo disso é a recente decisão do Ministro Celso de Mello, no Habeas Corpus 87.725-7. O il. Ministro reafirmou e reconheceu o direito de os advogados terem acesso ao resultado das investigações já incorporadas ao inquérito e observou que apesar da investigação ter caráter inquisitivo e unilateral, não retira as garantias a que tem direito o cidadão, deixando consignado que **“O fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera penal, culmine em ofensa aos direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes de poder, a atos de persecução criminal”**<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Outros julgados, nesse mesmo sentido, da mais alta de Corte de Justiça do país, onde o tema já se acha pacificado: HC no 82.354/PR (DJU de 24.9.2004), HC 87.619/SP e HC no 87.827/RJ (j. 25.4.2006).

19. Pelo exposto, percebe-se claramente que o ato fere o direito líquido e certo do impetrante de obter cópias dos autos, a teor do artg. 7º, inciso XIV, da Lei 8906/04, por uma.

20. Por duas, porque o despacho INDEFERIDOR atinge a Carta magna, visto como o sigilo do feito, único argumento empolgado, não tem base legal, já que a parte tem o direito de conhecer a acusação para poder se defender amplamente, claro.

21. Ante o exposto, vem requerer seja oficiada a autoridade apontada como coatora, solicitando-se informações acerca do que aqui se alega e, com a juntada desta aos autos, ante o caráter satisfativo, pede seja deferida

LIMINAR<sup>4</sup>,

para suspender o ato impugnado, determinando-se ao em. Juiz coator que autorize à Ilma. Sra. Dra. Delegada de Polícia Federal encarregada de investigar o caso a entregar, mediante protocolo, e no prazo máximo de 24 hs., os autos do procedimento criminal nº (IPL SR/DPF/PE), em que é indiciado o Dr. , sob carga, a fim de obter cópias do referido procedimento, ou, se preferir, entregar as cópias integrais do feito, sob as expensas do signatário, claro, preservado o material que balize eventuais diligências em andamento.

21. Depois de tudo feito e instruído, requer-se seja deferida a segurança, ratificando-se a LIMINAR e assegurando-se ao impetrante o direito de retirar os autos do Cartório, respeitadas as limitações legais, ou obter as cópias do feito.

Dá à causa o valor de R\$ 100,00 (cem reais), para efeitos fiscais.

Nestes Termos  
Pede Deferimento.

Recife, 07 de março de 2007.

BÓRIS TRINDADE  
OAB/PE 2032

<sup>4</sup> Liminar que tem como escopo o artg. 7º, inciso II, ante a relevância do fundamento, além da constatação, *ictu oculi*, de que, o não deferimento da liminar, tornará ineficaz a ação de segurança, quando deferida, ao final

# A OAB LEVA O DIÁRIO OFICIAL ATÉ VOCÊ. DE GRAÇA. EM QUALQUER LUGAR.



PERNAMBUCO  
RECORTE DIGITAL

Informações: 81 3224.0309  
ou [www.oabpe.org.br](http://www.oabpe.org.br)

**Recorte Digital, o novo serviço  
da OAB-PE que leva até você  
gratuitamente o Diário Oficial  
do Estado e da União via e-mail  
e celular. Atualize seus dados e  
comece a receber.**

# UMA PARCERIA DE SUCESSO



CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS  
ADVOGADOS DE PERNAMBUCO E  
EDITORIA REVISTA DOS TRIBUNAIS

Seguindo os mais modernos modelos de gestão, a Caixa de Assistência dos Advogados dos Estados de PE e a Editora Revista dos Tribunais firmaram uma parceria apoiada nos ideais de propagação da cultura jurídica.

Também são parceiros da RT a Caixa de Assistência dos Advogados dos Estados de GO, DF, SC, PR e RJ.

O principal objetivo é o fornecimento de livros aos advogados e estudiosos da Ciência do Direito. São títulos das principais editoras jurídicas do Brasil e de Portugal (Coimbra Editora).

## QUALIDADE E PREÇOS DIFERENCIADOS



Além de contar com a experiência da maior livraria jurídica do País e atendimento personalizado, os advogados inscritos na OAB-PE também podem usufruir de descontos de no mínimo 20% sobre o preço de capa de todo acervo de livros disponíveis.

Em breve, estaremos atendendo no endereço:

Rua Frei Matias Teves 280 (Antiga Rua Sport Clube do Recife)  
Edifício Empresarial Albert Einstein loja 16  
Bairro da Ilha do Leite - Recife - PE