

ADVOCATUS

PERNAMBUCO

ANO 6 | ABRIL 2014 | NÚMERO 13

ENTREVISTA

A presidente do Tribunal de Ética e Disciplina, Catarina Oliveira, fala do avanço dos trabalhos do TED

ARTIGOS

Não se aplicam as regras da Lei 8.213/91, Regime Geral de Previdência Social, à pensão de dependente, menor sob guarda, por morte de instituidor, dantes servidor federal regido pela Lei 8.112/90

Palhares Moreira Reis

Marcos legais da mediação de conflitos no Brasil, em face da assistência do advogado

Carlos Eduardo de Vasconcelos

PETIÇÃO

Petição ao Ministério Público Estadual para promoção de ação judicial de interesse coletivo para que as torcidas organizadas e seus integrantes sejam impedidos de comparecer a eventos esportivos

Betinho Gomes





PREPARE-SE!

CARREIRAS JURÍDICAS *e mais.*

COM CETON VOCÊ VAI MAIS LONGE

**MAGISTRATURA e
MINISTÉRIO PÚBLICO**
Estadual e Federal

**MAGISTRATURA do
TRABALHO e M.P.T.**

A.G.U. e PROCURADORIAS

DELEGADO
Civil e Federal

**TRIBUNAL REGIONAL
ELEITORAL**

TRIBUNAL de JUSTIÇA

TRIBUNAL do TRABALHO

Coordenação:
Prof. Inácio Feitosa

ACESSE O SITE
www.ceton.com.br/advocattus
e **GANHE UM CURSO GRÁTIS!**

ceton
cursos online para concursos

✉ contato@ceton.com.br

☎ 81.3038.3839

WWW.CETON.COM.BR



EXPEDIENTE

Diretoria da OAB-PE

Presidente

Pedro Henrique Braga Reynaldo Alves

Vice-Presidente

Adriana Rocha de Holanda Coutinho

Secretário-Geral

Silvio Pessoa de Carvalho Júnior

Secretário-Geral Adjunto

Fernando Jardim Ribeiro Lins

Tesoureiro

Bruno de Albuquerque Baptista

Diretoria da ESA-PE

Diretor Geral

Gustavo Ramiro Costa Neto

Diretor Secretário

Venceslau Tavares Costa Filho

Diretor Tesoureiro

Carlos Eduardo Ramos Barros

Diretor Cultural

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Diretor de Comunicação

Isaac de Luna Ribeiro

Conselho Editorial

Presidente

Gustavo Ramiro Costa Neto

Membros

Ronnie Preuss Duarte

Carlos Eduardo Ramos Barros

Venceslau Tavares Costa Filho

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Isaac de Luna Ribeiro

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

André Regis de Carvalho

Leonardo José Carneiro da Cunha

Projeto gráfico e realização

Executiva Press

www.executivapress.com.br

Fones: (81) 3221.5926 / 3421.7673

ISSN: 2177-3416

Tiragem

25 mil exemplares

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

O conteúdo e a revisão ortográfica dos artigos e modelos publicados na Revista Advocatus são de responsabilidades dos respectivos autores.

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

Artigos para a Revista Advocatus podem ser enviados para o email esa@esape.com.br

APRESENTAÇÃO

Gustavo Ramiro, Diretor Geral da ESA-OAB/PE 05

ENTREVISTA

Catarina Oliveira, Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-PE 06

ARTIGOS

Não se aplicam as regras da Lei 8.213/91, Regime Geral de Previdência Social, à pensão de dependente, menor sob guarda, por morte de instituidor, dantes servidor federal regido pela Lei 8.112/90. 09
Palhares Moreira Reis

Marcos legais da mediação de conflitos no Brasil, em face da assistência do advogado. 24
Carlos Eduardo de Vasconcelos

Verba honorária e a Fazenda Pública. 37
José Carlos Zanforlin

O Estado criminoso por omissão. 43
Roque de Brito Alves

A política fiscal e a atualização das receitas de petróleo para a implantação de direitos sociais constitucionais. 48
Luiz Henrique Diniz Araújo

A recente mudança de legislação italiana sobre condomínio edilício. Apontamentos para estudo de direito comparado. 60
Jayme Vita Roso

Dever do Estado de divulgar, à luz do inciso VIII, Artigo 4º, da Lei Nº 14.335, de 14 de julho de 2011, que criou o Programa Governo Presente de Ações Integradas para Cidadania no Estado de Pernambuco. 78
Marta Tereza Araújo Silva

O crime de furto de energia elétrica. Aspectos doutrinários e jurisprudenciais controvertidos. 85
Aída Carolina Silvestre Teixeira

Usucapião administrativa - Análise da nova Lei de Regularização Fundiária (Lei federal Nº 11.977/2009) e seus reflexos no âmbito do direito notarial e registral 97
Sabryna Barros Sabino

REPRESENTAÇÃO

Representação ao Ministério Público do Estado de Pernambuco realizada pela Comissão de Cidadania, Direitos Humanos e Participação Popular da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, requerendo providências contra as torcidas organizadas. 105
Deputado estadual Betinho Gomes

DISCURSO

Justiça justificada por homens fiéis – Discurso de saudação à nova mesa diretora do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). 109
Desembargador Jones Figueirêdo Alves



Conferência Estadual dos Advogados

OAB PE

**O papel do Advogado na
Concretização dos Direitos Fundamentais.
Garanta já o seu lugar nesse debate.**

27 a 29 de Agosto de 2014 | Mar Hotel - Recife



INFORMAÇÕES E INSCRIÇÕES
www.esape.com.br
(81) 3224-2425 | 3224-7282

Realização:





Gustavo Ramiro

Diretor Geral da ESA/OAB-PE

CARO(A) COLEGA,

Temos o prazer de trazer ao seu conhecimento a décima terceira edição da Revista Advocatus. Mantendo nossa tradição, abordamos temas de grande importância para a comunidade jurídica, sendo todo o material publicado após criteriosa seleção por parte do Conselho Editorial da revista.

A presente edição se destaca por uma série de fatores. Em especial, temos uma entrevista com a presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-PE, Catarina Oliveira. Como todos terão oportunidade de ler, o trabalho do TED tem chamado atenção, pois houve uma estruturação do órgão, que agora passa a prestar um serviço mais eficiente e com mais agilidade, no interesse da dignidade da nossa profissão. Convém destacar que o tema da ética e disciplina do advogado tem sido uma preocupação da ESA/OAB-PE. Estamos programando uma série de eventos, em parceria com o TED, para contribuir na formação deontológica do advogado.

Nossa Revista Advocatus também apresenta um pedido encaminhado pelo Deputado Betinho Gomes, tratando das torcidas organizadas. O tema tem trazido grande repercussão, pois a violência provocada por estas pseudo-entidades ainda não teve o tratamento que merece. Entendemos ser de fundamental importância divulgar o assunto, como forma de fomentar o debate e, em futuro próximo, contribuir para uma solução definitiva deste grave problema social.

Tirante os temas já citados, a presente edição conta ainda com artigos nos mais diversos ramos do Direito, o que possibilita um estudo amplo por parte do advogado, servível ainda para consultas em ocasiões futuras.

O conteúdo, como sempre, passou por uma detida análise colegiada. Podemos garantir, assim, que a leitura da nova edição da Revista Advocatus será muitíssimo enriquecedora, permitindo que o profissional ganhe conhecimento a cada página consumida. Almejamos, assim, contribuir ainda mais com a democratização do conhecimento jurídico, ofertando ao advogado pernambucano sucessivas oportunidades de aprimoramento profissional.

Boa leitura.

Recife – Abril de 2014

Gustavo Ramiro

Diretor Geral da ESA/OAB-PE

Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina faz balanço de sua atuação



CATARINA OLIVEIRA

Presidente do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-PE

O trabalho do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-PE está conseguindo avanços. Agora na gestão do presidente da OAB-PE Pedro Henrique Reynaldo Alves, foi aprovado o Regimento Interno do Tribunal de Ética e Disciplina, ideia pensada pelo anterior presidente do TED, Frederico Guilherme Lima. Essa medida ampliou a atuação do Tribunal, melhorando significativamente sua produtividade. O TED passou a ter três sessões de julgamento e, assim, a solução dos casos levados ao TED triplicou. O número de julgadores também passou de cinco para quinze. Outros avanços significativos foram a digitalização da quase totalidade do acervo e também a implantação do Sistema de Informática para que os processos tramitem pelo meio eletrônico. Também foi ampliado o número de funcionários, defensores dativos e instrutores, a fim de garantir celeridade no trâmite das representações sem descuidar da qualidade dos serviços prestados. Nesta entrevista, a presidente do TED, Catarina Oliveira, fala do trabalho que vem desenvolvendo à frente do Tribunal.

REVISTA ADVOCATUS: Como se dá o funcionamento do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB-PE (TED)?

CATARINA OLIVEIRA: O Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/PE é formado por três turmas com cinco membros julgadores, cada uma, e pelo Pleno, composto por todos os seus 15 integrantes. Todos os meses são realizadas quatro sessões ordinárias, sendo uma para cada turma e, ao final, a sessão plenária para homologação das decisões das turmas e cumprimento das competências que lhes são determinadas pelo Código de Ética e Disciplina e pelo Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei 8906/90) e por seu Regimento Interno, consistindo, principalmente em orientar e aconselhar a respeito de ética profissional, responder consultas em tese e julgar os processos. Também é possível que situações urgentes demandem a realização de sessões extraordinárias, como nos casos que autorizam a suspensão preventiva de advogados, mas, sempre respeitando o devido processo legal e, com ele, a ampla defesa e o contraditório.

REVISTA ADVOCATUS: Quais os últimos avanços no trabalho do TED?

CATARINA OLIVEIRA: Na atual gestão, do presidente Pedro Henrique Reynaldo Alves, foi aprovado o Regimento Interno do Tribunal de Ética e Disciplina, inicialmente pensado pelo anterior presidente do TED, Dr. Frederico Guilherme Lima, que ampliou a atuação do Tribunal, melhorando significativamente, sua produtividade. Com três

sessões de julgamento, a solução dos casos levados ao TED triplicou, viabilizando uma resposta mais adequada ao que a sociedade precisa. Para que isso fosse possível, também foi aumentado o número de julgadores, que antes eram cinco e, agora, são quinze, permitindo uma maior quantidade de processos decididos por mês. Outros avanços significativos foram a digitalização da quase totalidade do acervo e a implantação do Sistema de Informática para que os processos tramitem pelo meio eletrônico. Também foi ampliado o número de funcionários, defensores dativos e instrutores a fim de garantir a celeridade no trâmite das representações sem descuidar da qualidade dos serviços prestados. Finalmente, é importante ressaltar a criação da Corregedoria e da Comissão de Combate à Propaganda Irregular que, juntamente com a Comissão de Combate ao Exercício Ilegal da Profissão, fazem um valioso trabalho preventivo e aguerrido, sem o qual não seria possível efetivar as melhorias que vêm se cumprindo no âmbito do Tribunal.

REVISTA ADVOCATUS: O TED está em dia com os julgamentos das demandas existentes no órgão? Qual o volume de processos julgados em 2013?

CATARINA OLIVEIRA: Estamos caminhando para isso. 2013 foi um ano de adaptações para o Tribunal recém-ampliado e integrado por novos membros e, ainda assim, foi possível realizar o julgamento de quase 300 processos ético-disciplinares. Agora, em 2014, já se pode perceber um aumento sig-

nificativo de processos decididos, consistindo em um quantitativo aproximado de 60 julgamentos mensais, com a meta de chegarmos, ao final do ano, com a resposta, nesta instância, para quase 800 processos ético-disciplinares.

REVISTA ADVOCATUS: Que dificuldades o TED tem enfrentado para punir profissionais que ultrapassam os limites legais no exercício da advocacia?

CATARINA OLIVEIRA: A primeira dificuldade encontra-se na própria representação que, muitas vezes, não contém os elementos básicos para que o processo siga seu trâmite de maneira lógica e eficaz. Como o juízo de admissibilidade se limita à constatação de que a representação tem assinatura, não são raros os casos em que os relatores e instrutores precisam fazer um trabalho de descoberta de fatos e fundamentos (quando existem) para que o processo possa ter início, o que leva tempo. Certamente, uma mudança de postura no momento da admissão das representações já viabilizaria o regular trâmite dos processos culminando na condenação ou absolvição do profissional pelo que ficar provado e decidido. A definição de critérios de admissibilidade deverá ser estabelecida o mais breve possível, para evitar os problemas que se encontram na raiz de grande parte das representações.

REVISTA ADVOCATUS: O TED atua tão somente de forma correccional, ou também tem um papel preventivo?

CATARINA OLIVEIRA: Eu não consigo desvincular da puni-

ção seu caráter pedagógico. Tanto para quem suporta a penalidade, como também para todos os demais que tomam conhecimento das consequências de uma conduta antiética. No entanto, o Tribunal também cumpre uma função educativa, ao responder às várias consultas em tese que lhes são dirigidas, bem como através dos cursos e palestras que deve promover para esclarecer a postura ética do profissional da advocacia, já que muitas infrações são cometidas antes por ignorância do que mesmo por má-fé.

REVISTA ADVOCATUS: O TED responde a consultas formuladas por advogados quando há dúvidas sobre se determinado ato pode caracterizar uma infração? É frequente esse tipo de consulta?

CATARINA OLIVEIRA: As consultas são frequentes e o TED tem o dever de respondê-las. No entanto, sua responsabilidade se volta para as consultas em tese, não cabendo ao Tribunal apresentar opiniões e respostas para questões referentes a casos concretos, principalmente para não prejudicar o julgamento de processos já em trâmite, bem como aqueles que poderão vir a ser instaurados.

REVISTA ADVOCATUS: Com base nos casos que estão sendo julgados pelo TED, que recomendações o Tribunal faria à categoria hoje, no sentido de reduzir a incidência de infrações ético-disciplinares?

CATARINA OLIVEIRA: Primeiro, o ideal é que todos tenham, sem precisar de recomendação do Tribunal, plena cons-

ciência do papel que exercem na sociedade e, com isso, procurem cumprir fielmente o juramento que fizeram ao se tornar advogados. Civilidade e profissionalismo são duas qualidades que devem acompanhar todos aqueles que se dedicam a qualquer ofício, mas, mais ainda, se este ofício diz respeito à promoção da Justiça e do equilíbrio nas relações. Dinheiro e prestígio devem ser consequências do trabalho bem feito e não o seu principal objetivo. Como recomendação, sugiro a leitura reflexiva do Código de Ética e Disciplina, bem como do Estatuto da Advocacia e da OAB, assim como a renovação diária do compromisso assumido perante toda a classe e a sociedade no dia em que se tornou advogado.

REVISTA ADVOCATUS: Como a sociedade pode ter acesso aos nomes dos advogados que tiveram suas atividades suspensas pela OAB-PE?

CATARINA OLIVEIRA: As suspensões são publicadas em Diários Oficiais, para o fim de conferir a devida publicidade e são encaminhadas às Corregedorias dos Tribunais onde o profissional poderia atuar. Como se trata de condenações transitadas em julgado, a sociedade também pode receber a informação, quando solicitada, diretamente na OAB.

REVISTA ADVOCATUS: E como a sociedade pode colaborar com as atividades do TED?

CATARINA OLIVEIRA: Contratando profissionais comprometidos com a ética profissional e, principalmente,

colaborando com responsabilidade, lealdade e com as condutas morais que se esperam de qualquer sociedade civilizada. A cultura da facilidade nem sempre correta, do tráfico de influência, da ambição desmedida, do conflito desnecessário e do embate desleal pode ser alimentada por qualquer pessoa, provocando o efeito “bola de neve” que cresce e atropela os que estão na frente. Assim, as relações profissionais e sociais devem ser estabelecidas com a responsabilidade e o cuidado de quem espera transitar por um caminho de equilíbrio e justiça.

REVISTA ADVOCATUS: Como a Sra. vê a atuação da Escola Superior de Advocacia (ESA-PE) da OAB-PE em relação ao aperfeiçoamento profissional dos advogados pernambucanos, inclusive no que diz respeito à formação ética?

CATARINA OLIVEIRA: O papel da ESA é fundamental e vem sendo cumprido com muita diligência por seu diretor geral, Gustavo Ramiro. Inclusive, está em desenvolvimento um belo projeto em parceria TED/ESA para oferecer, permanentemente, aos advogados, cursos e palestras que versem sobre ética profissional. Como já disse, muitas vezes, o advogado resvala em um comportamento inadequado, mais por desconhecer as regras e os princípios ético-disciplinares do que, propriamente, por fazê-lo propositadamente. Assim, juntando os esforços, TED e ESA têm muito a contribuir para, principalmente, evitar as condutas que agridam a ética profissional.

NÃO SE APLICAM AS REGRAS DA LEI 8.213/91, REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL, À PENSÃO DE DEPENDENTE, MENOR SOB GUARDA, POR MORTE DE INSTITUIDOR, DANTES SERVIDOR FEDERAL REGIDO PELA LEI 8.112/90.

Palhares Moreira Reis

Doutor em Direito. Professor Emérito da Universidade Federal de Pernambuco. Membro Fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas. Membro Fundador da Academia Pernambucana de Ciências Morais e Políticas. Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas – Instituto Pimenta Bueno, de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Professor Catedrático Honorário da Universidade Moderna de Portugal, hoje extinta. Professor aposentado de Ciência Política e de Direito Constitucional da Universidade Federal de Pernambuco. Conferencista honorário da Escola Superior de Advocacia Ruy da Costa Antunes, da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Pernambuco. Professor de Processo Constitucional, de Direito Eleitoral, de Ciência Política e Coordenador Acadêmico da área de ensino jurídico da FOCCA – Faculdade de Olinda. Advogado.

1.

Uma autarquia educacional federal, sediada em Pernambuco, através de leitura equivocada de uma decisão do Egrégio Tribunal de Contas da União, resolveu aplicar a caso concreto – pensão por morte de servidora que foi, quando em exercício, diretora da citada instituição, - um Acórdão da Superior Corte de Contas, com o objetivo de suspender o pagamento da pensão por morte deixada em prol de seu sobrinho-neto – menor sob sua guarda por decisão judicial transitada em julgado, dando-lhe efeito retroativo, de resto impedido expressamente no Acórdão da Superior Corte de Contas, para elidir o pagamento da pensão temporária deixada pela falecida professora em favor do Consulente.

Dita pensão, ademais, já tivera seus efeitos discutidos em juízo, e já tinha ocorrido, por um lado, a decadência configurada com relação ao ato administrativo instituidor da pensão, consoante o art. 54 da Lei 9.784/99, e de outro, o trânsito em julgado de duas decisões e o arquivamento dos autos dos dois processos de mandado de segurança, com baixa definitiva.

A Autarquia Ré comunicou ao Consulente, - o menor beneficiário da pensão - por intermédio de sua Genitora que havia a necessidade de promover o atendimento da:

“... solicitação para comprovação da impossibilidade dos genitores de proverem o sustento do menor partiu da Controladoria Regional da União no Estado de Pernambuco, pois consta do Boletim de Análise n.º 267/211-CGU-Regional/PE, que faz parte dos autos do processo de concessão da pensão do menor (...)”.

À continuação, o Coordenador de Gestão de Pessoas do campus de (...), aduz:

Diante do exposto, transcrevemos a letra “n” do Boletim de Análise n.º 267/211-CGU-Regional/PE:

No anexo Dados do Beneficiário – Observar que, de acordo com o item 9.5 do Acórdão n.º 5.244/2008-TCU-1ª Câmara, a habilitação como beneficiários de pensão civil de menores sob guarda ou designados com dependência econômica do servidor somente poderá ser deferida se comprovada a total impossibilidade econômica dos genitores para proverem o sustento dos menores. No presente processo não consta tal comprovação. Dessa forma, caso não seja anexada ao mesmo, documentação que comprove a impossibilidade dos genitores para proverem o sustento do menor (...), o formulário será enviado ao TCU com parecer pela ILEGALIDADE. Nesse caso,

solicitamos ainda que sejam informados no processo o CPF do pai do menor para que esta CGU-Regional/PE possa atender a determinação constante no item 9.6 do parecer acima referido”.

Em contato pessoal, foi lembrado à administração da Autarquia que a concessão de pensão tinha sido chancelada, por mais de uma vez, por acórdãos do E. TRF-5, porém estas informações não foram devidamente consideradas pela equipe da CGU/Regional/PE, que manteve sua posição, ao reiterar as informações dantes pedidas aos genitores do Consulente.

Como se verá adiante, - e em contraposição ao alegado pela autarquia representada - no acórdão supramencionado, o Tribunal de Contas da União não determinou a revisão dos processos anteriores e, sim, que apenas esta verificação ocorresse em relação aos novos pleitos, convalidando assim o entendimento de que se estava reconhecendo o direito adquirido dos pensionistas que foram atendidos em momento anterior ao acórdão do TCU o qual não se refere a situações ocorridas anterior à sua edição.

A exigência do E. TCU está contida no Acórdão n.º 5.244/2008 – 1ª Câmara, tendo sido relator o Ministro Valmir Campelo.

A autoridade administrativa do IFPE tomou as providências que entendeu cabíveis, ou seja, a de suspender o pagamento da pensão por morte da professora (...), cujo beneficiário é o ora Consulente, a partir do mês de março findo, não mais efetuando o pagamento da pensão já no início do mês de abril, causando prejuízo evidente ao Consulente, dada a natureza alimentar de tal estipêndio.

Data vênia, a equipe da CGU-Regional/PE não leu adequadamente o v. Acórdão do TCU sobre a matéria, - no que foi apoiada pela Coordenação de Recursos Humanos da autarquia pagadora - nem levou em consideração o fato de que a pensão em favor do Consulente decorre de uma decisão judicial transitada em julgado. Ademais, como o trânsito em julgado se deu em 14 de maio de 2009, nem cabe mais o ajuizamento de ação rescisória.¹

A seguir, o Consulente apresentará os argumentos jurídicos pertinentes para demonstrar que a decisão do ente autárquico federal, ademais de não considerar adequadamente os termos do Acórdão do Tribunal de Contas da União, quando apenas determinou que esta verificação apenas ocorresse em relação aos novos pleitos, tal decisão administrativa fere frontalmente a garantia constitucional inserta no inciso do art. 5º da Carta Maior:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

2. A Interpretação equivocada do contido do acórdão do Tribunal de Cotas da União, inaplicável da espécie.

Cabe agora uma análise da determinação do dirigente da Instituição Federal de Ensino que cancelou o pagamento integral da pensão por morte deixada por sua ex-dirigente em favor do Consulente, com fundamento no art. 215 e segs. da Lei n.º 8.112, de 1990

Diz a norma legal, no que interessa para o deslinde da controvérsia:

Art. 215. Por morte do servidor, os dependentes fazem jus a uma pensão mensal de valor correspondente ao da respectiva remuneração ou provento, a partir da data do óbito, observado o limite estabelecido no art. 42.

Art. 216. As pensões distinguem-se, quanto à natureza, em vitalícias e temporárias.

§ 1º (...).

§ 2º A pensão temporária é composta de cota ou cotas que podem se extinguir ou reverter por motivo de morte, cessação de invalidez ou maioridade do beneficiário.

Art. 217. São beneficiários das pensões:

I – vitalícia (...)

II - temporária: (...)

1 CPC, Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

d) a pessoa designada que viva na dependência econômica do servidor, até 21 (vinte e um) anos, ou, se inválida, enquanto durar a invalidez.

A leitura do Acórdão do Tribunal de Contas da União equivocadamente invocado pela Ré² evidencia que o mesmo determinou as seguintes providências, todas elas apenas relacionadas com aquele caso concreto cearense, em exame naquela Corte, a saber:

9.3. Dispensar o ressarcimento das quantias indevidamente recebidas de boa-fé, conforme o disposto na Súmula nº 106 deste Tribunal;

9.4. Determinar à GRA/CE que adote medidas, no prazo de 15 (quinze) dias, para:

9.4.1. Dar ciência do inteiro teor desta deliberação aos interessados cujo ato foi considerado ilegal, alertando-os que o efeito suspensivo proveniente da eventual interposição de recurso não os exime da devolução dos valores percebidos indevidamente após a notificação, em caso de não provimento desse recurso;

9.4.2. Fazer cessar os pagamentos decorrentes do ato considerado ilegal, sob pena de responsabilidade solidária da autoridade administrativa omissa;

Tais providências determinadas pelo Egrégio TCU são de caráter específico, como se disse, e vinculadas ao caso concreto cearense então em julgamento e, assim, escapam ao crivo do presente pleito.

Em seguida, a E. 1ª Câmara daquela Corte de Contas Nacional determinou que os órgãos federais ligados aos Recursos Humanos tomassem as seguintes providências de ordem geral:

9.5. Determinar à Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que oriente todos os órgãos de gestão de pessoal da Administração Pública Federal no sentido de que a habilitação como beneficiários de pensão civil de menores sob guarda ou designados com dependência econômica do servidor somente pode ser deferida se comprovada a total impossibilidade econômica dos genitores para proverem o sustento dos menores;

9.6. Determinar à Controladoria-Geral da União que, por ocasião de seu parecer nos processos que tratam de pensões envolvendo menores sob guarda ou designados com dependência econômica do servidor, proceda à verificação da existência e consistência dos elementos probatórios da condição econômica dos pais, informando os dados dos genitores dos menores envolvidos (nome e CPF);

9.7. Determinar à SEFIP que monitore o cumprimento da determinação relativa à cessação de pagamentos decorrentes da concessão considerada ilegal, representando ao Tribunal em caso de não atendimento;

Vê-se, deste modo, que as providências determinadas pelo E. TCU são de cunho geral, porém não ensejam aplicação retroativa. A simples leitura evidencia este raciocínio, numa interpretação gramática ou literal:

a) Que a Secretaria de Recursos Humanos do MPOG oriente todos os órgãos de gestão de pessoal da Administração Pública Federal ...

Ou seja, operação daquela data em diante.

b) No sentido de que a habilitação como beneficiários de pensão civil de menores sob guarda ou designados com dependência econômica do servidor somente pode ser deferida se comprovada a total impossibilidade de seu sustento.

Que os órgãos de pessoal verifiquem, na concessão de novas pensões se os pais do menor não tenham

possibilidade de sustentá-los;

- c) Que a Controladoria-Geral da União – em tais processos, proceda a verificação da existência e consistência dos elementos probatórios da condição econômica dos pais, informando os dados dos genitores dos menores envolvidos (nome e CPF).

Esta decisão é inteiramente conforme ao preceito contido na Lei de Introdução ao Código Civil, - Decreto-Lei n.º 4.657, de 1942, como se analisará adiante.

Tanto assim é que no item “d” do Relatório, explicita o Ministro Relator Valmir Campelo:

- d) Seja determinado à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda que oriente todos os órgãos de Recursos Humanos a ela vinculadas (inclusive as Gerências Regionais nos Estados) no sentido de que a habilitação de menores ob guarda ou designados com dependência econômica do servidor, como beneficiários de pensão civil, somente poderá ser deferida se comprovada a total impossibilidade econômica dos genitores para proverem o sustento daqueles, não se aceitando a justificativa de desconhecimento desta exigência, A PARTIR DA DATA EM QUE FOR EXPEDIDO O ACÓRDÃO, em caso de futuras concessões sem observância a essa orientação.

A própria redação do dispositivo do Acórdão determina que, em casos de futuras concessões, a CGU realize a tarefa determinada por ocasião de seu parecer nos processos que tratam de pensões envolvendo menores sob guarda ou designados com dependência econômica do servidor.

- e) Que a SEFIP que monitore o cumprimento da determinação relativa à cessação de pagamentos decorrentes da concessão considerada ilegal, representando ao Tribunal em caso de não atendimento.

Ou seja, que a SEFIP cumpra o seu papel fiscalizador.

Sempre com relação a processos novos, isto é, de novas concessões de benefícios concedidos a menores que venham a ser beneficiários de pensão civil, isto é, de menores sob guarda ou designados com dependência econômica do servidor. Ou seja, como está no texto da decisão do Egrégio TCU, a partir da data em que for expedido o acórdão.

E apenas, como está no citado documento, em casos de futuras concessões, o que não é a hipótese, pois a pensão em tela existe desde o falecimento da instituidora.

Ou seja, na leitura do acórdão do TCU verifica-se que o mesmo não tem nenhum dispositivo ou recomendação que lhe dê efeito retroativo, mandando revisar pensões dantes concedidas, violando o direito adquirido, decorrente de ato jurídico perfeito e, no caso vertente, de coisa julgada.

No caso do Consulente, ademais de ser a concessão do benefício um direito adquirido, resultante de ato jurídico perfeito, esse direito decorre de coisa julgada material, oriunda de dois acórdãos garantidores de tal direito, como demonstrado.

Sobre os temas do direito adquirido e da coisa julgada material, é de se transcrever decisões do Superior Tribunal de Justiça, altamente pertinentes para o exame do caso vertente. O entendimento da questão é da lavra do eminente Ministro Luiz Fux, hoje com assento no C. Supremo Tribunal Federal, dantes integrante do E. Superior Tribunal de Justiça.

5. Deveras, tendo-se consumado a coisa julgada material, assegurando o direito da recorrente ao aproveitamento dos créditos escriturais de ICMS, é-lhe defeso, em fase de execução de sentença relativa às verbas sucumbenciais, pretender subvertê-la, requerendo, na realidade, novo pronunciamento jurisdicional, em manifesta afronta à intangibilidade dos efeitos da sentença.
6. É cediço em sede doutrinária que, litteris: “Coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos

substanciais da sentença de mérito”. Quer se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não couber recurso algum, institui-se entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem.

Esse status, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na rigorosa intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que foi decidido (Liebman): a garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença. A Constituição Federal estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI) e o Código de Processo Civil manda que o juiz se abstenha de decidir a mesma causa, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, quando existir a coisa julgada material (art. 267, inc. V e § 3º).

Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional.

Uma vez consumada, reputa-se consolidada no presente e para o futuro a situação jurídico-material das partes, relativa ao objeto do julgamento e às razões que uma delas tivesse para sustentar ou pretender alguma outra situação. Toda possível dúvida está definitivamente dissipada, quanto ao modo como aqueles sujeitos se relacionam juridicamente na vida comum, ou quanto à pertinência de bens a um deles.» (Candido Rangel Dinamarco, in Instituições de Direito Processual Civil, 5ª ed. vol. III, Malheiros Ed., p. 299/301).³

O Supremo Tribunal Federal, mediante edição da Emenda Regimental n.º 28, de 18 de fevereiro de 2009, delegou expressa competência ao Relator da causa, para, em sede de julgamento monocrático, denegar ou conceder a ordem de mandado de segurança, desde que a matéria versada no “writ” em questão constitua “objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal”.⁴

Em consequência, os Ministros daquela Altíssima Corte passaram a aplicar o entendimento já fixado a casos concretos que lhes vinham sendo submetidos para decisão.

No mesmo diapasão, este outro acórdão do E. Superior Tribunal de Justiça, subscrito pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa, relativo à garantia do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO. CONVERSÃO EM URV. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL TRANSITADO EM JULGADO APÓS O ADVENTO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 741 DO CPC, ACRESCENTADO PELA MP Nº 2.180-35/2001, MAS ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO DO EG. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INAPLICABILIDADE DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL À ESPÉCIE. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. As normas processuais tem aplicação imediata, podendo incidir, inclusive, nos processos pendentes de julgamento. No entanto, não se aplicam às situações já consolidadas na vigência de lei anterior, em obediência ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, verbis: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

2. O beneficiário teve reconhecido, judicialmente, o direito à aplicação da variação integral do índice IRSM, referente aos meses de novembro e dezembro de 1993 e janeiro e fevereiro de 1994, quando da conversão do valor de seus proventos em URV. Não obstante tenha o decisor autorizador transitado em julgado após o advento do parágrafo único do artigo 741, do Código de

³ Superior Tribunal de Justiça - REsp 770648 / SP - 1ª turma - Relator, o Ministro Luiz Fux - Julgamento em 07/08/2007: os Ministros da Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. DJ 27/08/2007 p. 192

⁴ Supremo Tribunal Federal - RISTF, art. 205, “caput”, na redação dada pela ER nº 28/2009.

Processo Civil, isso ocorreu, entretanto, antes da publicação da decisão do Eg. Supremo Tribunal Federal, que convalidou a forma de cálculo adotada pelo INSS. Nesse sentido, há que ser assegurada a execução do título judicial em apreço, sob pena de violação ao instituto da coisa julgada. Precedentes da eg. Sexta Turma desta Corte.

3. Agravo regimental improvido.⁵

Então, como não há, no v. Acórdão do TCU nenhuma disposição que dê efeito retroativo ao seu conteúdo, - ao contrário, explicita que o efeito do julgado somente ocorrerá a partir da data em que for expedido o Acórdão, a decisão de cancelar o pagamento da pensão por morte da instituidora da pensão, em favor do Consulente é ato abusivo e ilegal, devendo, pois, ser desfeito por ordem judicial garantidora da coisa julgada, como dantes mencionado.

Ato abusivo e ilegal promovido pela Coordenação de Recursos Humanos do IFPE, pois viola as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, como foi demonstrado.

Assim, fica evidenciado que a Administração do IFPE - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Pernambuco não levou na devida consideração os irretocáveis julgados dessa E. Corte Regional, ambos já transitado em julgado e com baixa definitiva, e tal ato deverá ser anulado, por ter violado o direito adquirido do pensionista, ora Consulente e a coisa julgada contida nos acórdãos do E. Tribunal Regional

Federal, mencionados.

3. A decisão do egrégio TCU não é dogma da fé

O simples fato de se alegar que o colendo Tribunal de Contas da União ter deliberado num determinado sentido, por ter interpretado norma federal em determinado contexto, não impede o exame da matéria pelo Poder Judiciário, a teor do que dispõe a Constituição Federal, no seu art. 5º, XXXV:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O fato de ter o colendo Tribunal de Contas da União entendido a questão de uma forma, não impede que o Poder Judiciário o faça de modo diverso. Não será a primeira vez, nem a última, em que o órgão judicante competente se posiciona contra a orientação fixada pelo TCU.

4. O regime geral da previdência social não se aplica ao caso de menor sob guarda de servidor regido pela lei 8.112, de 1990.

No presente caso, a discussão maior é a de que as regras da Lei n.º 9.528, de 1997, que excluiu a equiparação do menor sob guarda judicial aos dependentes do segurado, ao alterar o disposto no art. 16, § 2º, da Lei n.º 8.213, de 1991, não são aplicáveis aos beneficiários de pensão previstos no art. 217 da Lei n.º 8.112, de 1990, que é a norma regente do fato em exame neste evento.

Neste sentido, é de se acompanhar o posicionamento inarredável do colendo Supremo Tribunal Federal, emitido em acórdãos e em sucessivas decisões monocráticas, pela Administração Pública, e mesmo pelas instâncias inferiores do Poder Judiciário, a fim de que seja mantido o bom direito do Consulente.

5. A orientação do Supremo Tribunal Federal em casos similares ou análogos.

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar situações similares à que ora se examina, tem se orientado no sentido que corrobora a tese ora expendida.

5 Superior Tribunal de Justiça - AgRg. no REsp 676955/RS - 6ª turma - Relator, o Ministro Hélio Quaglia Barbosa - Julgamento em 21/03/2006: acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. - DJ 10/04/2006 p. 314.

Neste sentido, por exemplo, o mandado de segurança concedido contra ato do Ministro presidente do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Pleno da Excelsa Corte:

Mandado de segurança. Ato do Presidente do Supremo Tribunal Federal, que extinguiu pagamento de pensão a neta de ex-servidora.

1. O menor que, na data do óbito do servidor, esteja sob a guarda deste último, tem direito à pensão temporária até completar 21 (vinte e um) anos de idade (alínea “b” do inciso II do art. 217 da Lei nº 8.112/90). Irrelevante o fato de a guarda ser provisória ou definitiva.

2. Segurança concedida.⁶

Neste julgamento, os votos vencedores então proferidos entenderam que, em resumo:

“(…) não se deve confundir a pensão por morte decorrente de relação estatutária com aquela prevista no Regime Geral de Previdência Social, Lei 8.213/91. Nesse regime a reforma promovida pela Lei n. 9.528/97 excluiu a equiparação do menor sob guarda judicial aos dependentes do segurado (art. 16, § 2º, da Lei n. 8.312/91). Não houve alteração, no entanto, quanto aos menores sob guarda no regime previdenciário dos servidores públicos da União

Ademais, deve ser examinado para o deslinde da presente controvérsia o que a respeito dispõe o ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente, quando prefixa no § 3º do art. 33, no que tange aos direitos previdenciários da criança ou do adolescente, ao especificar que:

Art. 33. - A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

(…)

§ 3º - A guarda confere criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

Ora, no caso, cumpre perquirir se, quando da morte da servidora, o menor era dependente dela, servidora. A Lei nº 8.112/90 é categórica ao revelar que, por morte do servidor, os dependentes têm jus a uma pensão mensal, de cunho temporário, de valor correspondente ao da respectiva remuneração. O artigo 215 é explícito a esse respeito.

Mais ainda:

“(…) o artigo 217 revela, no inciso II, alínea b, que entre os beneficiários da pensão está o menor sob guarda ou tutela até 21 (vinte e um) anos de idade” (Ministro Marco Aurélio).

Neste sentido, é de ser lida a decisão monocrática fixada pelo eminente Ministro Celso de Mello,

DECISÃO: Registro, preliminarmente, por necessário, que o Supremo Tribunal Federal, mediante edição da Emenda Regimental nº 28, de 18 de fevereiro de 2009, delegou expressa competência ao Relator da causa, para, em sede de julgamento monocrático, denegar ou conceder a ordem de mandado de segurança, desde que a matéria versada no “writ” em questão constitua “objeto de jurisprudência consolidada do Tribunal” (RISTF, art. 205, “caput”, na redação dada pela ER nº 28/2009).

Ao assim proceder, fazendo-o mediante interna delegação de atribuições jurisdicionais, esta Suprema Corte, atenta às exigências de celeridade e de racionalização do processo decisório, limitou-se a reafirmar princípio consagrado em nosso ordenamento positivo (RISTF, art. 21, § 1º; Lei nº 8.038/90, art. 38; CPC, 544, § 4º) que autoriza o Relator da causa a decidir, monocraticamente, o litígio, sempre que este referir-se a tema já definido em “jurisprudência dominante” no Supre-

6 Supremo Tribunal Federal MS 25823 / DF (Tribunal Pleno) tendo sido relatora a Min. Cármen Lúcia e relator p/ acórdão: Min. Carlos Britto - Julgamento: 25/06/2008 DJe-162. Divulgação em 27-08-2009; publicação em 28-08-2009.

mo Tribunal Federal.

Nem se alegue que essa orientação implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. Carlos Velloso – AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.).

A legitimidade jurídica desse entendimento – que vem sendo observado na prática processual desta Suprema Corte (MS 27.236-AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski – MS 27.649/DF, Rel. Min. Cezar Peluso – MS 27.962/DF, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.) – decorre da circunstância de o Relator da causa, no desempenho de seus poderes processuais, dispor de plena competência para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, justificando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175 – RTJ 173/948), valendo assinalar, quanto ao aspecto ora ressaltado, que o Plenário deste Tribunal, em recentíssima decisão, ao apreciar o MS 28.790-ED/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, reafirmou a possibilidade processual do julgamento monocrático do próprio mérito da ação de mandado de segurança, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 205 do RISTF, na redação dada pela Emenda Regimental nº 28/2009.

Tendo em vista essa delegação regimental de competência ao Relator da causa, impõe-se reconhecer que a controvérsia mandamental ora em exame ajusta-se à jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em análise, o que possibilita seja proferida decisão monocrática sobre o litígio em questão.

Passo, desse modo, a examinar a pretensão ora deduzida na presente sede mandamental.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato emanado da Segunda Câmara do E. Tribunal de Contas da União que considerou ilegal o ato concessivo de pensão civil em favor da ora impetrante, negando-lhe, em consequência, o pertinente registro.

A presente impetração mandamental apoia-se, em síntese, nos seguintes fundamentos:

“A Impetrante, (...), nascida em 08 de julho de 1996, filha de (...) e (...), estava submetida, desde meados de 1999, a guarda e responsabilidade econômica de sua falecida avó, (...), segundo decisão judicial do processo de GUARDA, no. 1998.028.02116-6, da 3ª. Vara da Comarca de Sobral, Seção Judiciária do Ceará.

Na época ficou evidenciado que a menor Impetrante se encontrava sob a guarda de fato de sua avó, (...), desde o seu nascimento, devido as miseráveis condições econômicas de seus pais. As testemunhas arroladas no referido processo GUARDA, confirmaram receber a Impetrante, desde o seu nascimento, todos os cuidados indispensáveis ao seu bem estar de sua avó, (...), destacando a assistência material e afetiva.

(...)

A guardiã da Impetrante era servidora aposentada da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego do Estado do Ceará, ocupante do cargo de Agente Administrativo (...). Ocorre que, em 14 de julho de 2001 a mesma faleceu, deixando a Impetrante como sua beneficiária, percebendo a PENSÃO POR MORTE Temporária (matrícula 03906988), com previsão de vigência entre 14/07/2001 a 08/07/2017 (quando a mesma completaria a maioria previdenciária), conforme Comprovante de Rendimentos de Beneficiário de Pensão do Ministério do Trabalho e Emprego (documento anexo).

Recebeu o benefício Pensão por Morte até o último mês, maio/2012, quando foi surpreendida com notificação da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, no Estado do Ceará, informando da nulidade do benefício previdenciário, suspendendo, assim, a percepção do mesmo. A matéria em apreço foi discutida pela Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, no procedimento administrativo no. 011.282/2012/6, e a decisão foi relatada pelo Ministro Marcos Benquerer Costa, Acórdão n.º 3651/2012, na data de 22 de maio de 2012.

(...)

No caso concreto, o procedimento administrativo foi devidamente instaurado pelo Tribunal de Contas da União, por seu órgão interno SEFIP, autuado em 19 de abril de 2012, sob o no.

011.282/2012-6, passando a apreciação do Órgão na mesma data. Em 25 de abril de 2012, o processo foi encaminhado ao Ministério Público a fim de conceder-lhe parecer, distribuído ao gabinete da Subprocuradora-Geral, Dra. Cristina Machado. Dia 26 de abril de 2012, com parecer concluído, foi encaminhado ao Ministro Marcos Benquerer para pronunciamento. Em 22 de maio de 2012, o presente processo foi apreciado na Sessão Ordinária da Segunda Câmara, por meio do Acórdão 3651/2012-2C (acima transcrito).

A notificação da decisão, que considerou ilegal o ato de pensão civil instituída pela Sra. (...) em benefício de (...), viúvo, e (...), chegou ao conhecimento da Impetrante no mês de junho/2012, e, conforme Controle e Acompanhamento de Processos do TCU, foi anexada nos autos Notificação de ciência em 22 de junho de 2012 (Doc. Controle e Acompanhamento Processo TCU).

(...)

A Impetrante, (...), nascida em 08 de julho de 1996, filha de (...) e (...), estava sob a guarda e responsabilidade de sua avó (...), desde o seu nascimento, devido as miseráveis condições econômicas de seus pais. Em face de precária situação, tal situação de fato tornou-se de direito com a procedência da ação judicial no. 1998.028.02116-6, que transitou na 3ª. Vara da Comarca de Sobral, Seção Judiciária do Ceará, que concedeu o DIREITO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE à citada avó.

Ocorre que, quando do falecimento da Sra. (...) em 14 de julho de 2001, a Impetrante tornou-se, em virtude de sua dependência econômica, beneficiária da Pensão por Morte, matrícula 03936988. Percebeu o benefício até o mesmo de junho de 2012, quando foi surpreendida com decisão administrativa do Tribunal de Contas da União, cessando o recebimento dos valores outrora garantidos mensalmente, sob a alegativa de que: ‘foi firmado entendimento no sentido de que o art. 5º da Lei n. 9.717/1998, publicada no DOU de 28/11/1998, derogou do regime próprio de previdência social dos servidores públicos da União as categorias de pensão civil estatutária destinadas a filho emancipado e não inválido, a irmão emancipado e não inválido, a menor sob guarda e a pessoa designada, previstas nas alíneas a, b, c e d, respectivamente, todos do inciso II do art. 217 da Lei n. 8.112/1990’.

Ocorre que, tal entendimento vai de encontro aos direitos de proteção da criança e do adolescente, consagrados como princípios pela Constituição Federal de 1988. Ainda, sob o enfoque da legislação especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), referida inteligência coloca em risco a situação da crianças e adolescentes, face a dependência do benefício em virtude da precariedade financeira de sua família biológica.” (Grifei)

Busca-se, desse modo, na presente sede processual, garantir, à ora impetrante, o “benefício previdenciário cancelado, assim como o pagamento das verbas alimentares desde a data da cessação das mesmas”.

Registro, por oportuno, que, por entender ocorrentes os requisitos concernentes à plausibilidade jurídica e ao “periculum in mora”, deferi o pleito de medida liminar formulado nestes autos, motivo pelo qual a União Federal interpôs recurso de agravo.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. Wagner de Castro Mathias Netto, assim opinou na presente impetração mandamental:

“A ordem é de ser concedida.

Com efeito, essa eg. Corte, em caso semelhante, julgou devido o pagamento de pensão temporária a ‘menor que, na data do óbito do servidor, esteja sob a guarda deste último, até completar 21 (vinte e um) anos de idade (alínea ‘b’ do inciso II do art. 217 da Lei nº 8.112/90), sendo irrelevante o fato de a guarda ser provisória ou definitiva.’ (Cf. MS 25823/DF, Relatora Min. Carmen Lúcia, Relator p/ acórdão Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, ‘in’ DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009)

Se por mais não fosse, cabe ressaltar que, tendo o Tribunal de Contas recusado o registro da pensão após 10 anos da sua unilateral concessão administrativa, consolidou afirmativamente a expectativa quanto ao recebimento de verba de caráter alimentar. Assim, faz-se imperioso o reconhecimento da situação jurídica subjetiva ante o Poder Público, mormente quando se formaliza por ato de qualquer das instâncias administrativas desse Poder, como se dá com o benefício da

pensão, em respeito à segurança jurídica e à dignidade da pessoa humana.

Do exposto, opina o Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso da União e pela concessão do ‘writ.’” (Grifei)

Passo a examinar o pleito em causa. E, ao fazê-lo, entendo assistir plena razão à douta Procuradoria-Geral da República, eis que o acórdão ora questionado nesta sede recursal está em desacordo com a orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte veio a firmar a propósito do tema em análise.

Cabe ter presente que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao pronunciar-se a respeito de matéria idêntica à versada nos presentes autos, firmou orientação no sentido do direito à percepção da pensão temporária pelo menor que, na data do óbito, esteja sob a guarda do servidor falecido:

“MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE EXTINGUIU PAGAMENTO DE PENSÃO A NETA DE EX-SERVIDORA.

1. O menor que, na data do óbito do servidor, esteja sob a guarda deste último, tem direito à pensão temporária até completar 21 (vinte e um) anos de idade (alínea ‘b’ do inciso II do art. 217 da Lei nº 8.112/90). Irrelevante o fato de a guarda ser provisória ou definitiva.” (MS 25.823/DF, Red. p/ o acórdão Min. Ayres Britto – grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas, com fundamento nos poderes processuais outorgados ao Relator da causa (RTJ 139/53 – RTJ 168/174), e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, defiro parcialmente o pedido postulado na presente sede mandamental, em ordem a assegurar, em relação à parte ora impetrante, na linha do precedente plenário citado e de anteriores decisões minhas (MS 27.962-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello – MS 31.567-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, v.g.), a percepção dos valores mensais correspondentes à pensão civil, cassando-se a eficácia da deliberação proferida pelo E. Tribunal de Contas da União, consubstanciada no Acórdão nº 3.651/2012, restando prejudicado, em consequência, o exame do recurso de agravo interposto pela União Federal.

2. Assinalo, finalmente, que o deferimento parcial da segurança pleiteada justifica-se em razão de não se demonstrar acolhível a concessão do pleito mandamental no que concerne aos efeitos patrimoniais anteriores à data da impetração, eis que se revela aplicável, na espécie, a Súmula 271 desta Suprema Corte, que encontra fundamento na Lei nº 12.016/2009 (art. 14, § 4º).

Comunique-se.

Arquivem-se os presentes autos.

Publique-se.

Brasília, 18 de fevereiro de 2014.

Ministro Celso de Mello

Relator.⁷

O Ministro Gilmar Mendes, em situação similar, decidiu diversamente, nos seguintes termos:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por José Victor Romero de Lucena contra o Acórdão 3.036/2013 da Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União, nos autos do Processo TC 041.795/2012-1.

Em síntese, alega-se que o ato impugnado considerou ilegal a pensão temporária concedida com fundamento no art. 217, II, b e d, da Lei 8.112/1990, em favor do impetrante que estava sob a guarda do Sr. Inácio Romero Rocha, ex-servidor público federal e seu avô. Assim, recusou-se registro à pensão e determinou-se o seu cancelamento pelo órgão de origem, após notificação do interessado.

Informa-se que o ato impugnado assentou que a negativa de registro pelo TCU se baseou na mudança de entendimento daquela Corte de Contas, a partir da prolação, em 21/9/2011, do Acórdão 2.512/2011, em que se fixou o entendimento de que o disposto no art. 217, II, b, da Lei 8.112/1990 teria sido revogado pelo disposto no art. 5º da Lei 9.717/1998.

Segundo a petição inicial, tal entendimento viola direito líquido e certo do impetrante, por ofensa aos seguintes preceitos: art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição; princípios do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada; e as leis 8.112/1990, 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e 9.717/1998.

Afirma-se, portanto, que há conflito de normas, que deve ser solucionado em favor do impetrante, pois é equivocada a interpretação de que o art. 5º da Lei 9.717/1998 teria revogado a pensão prevista no art. 217 da Lei 8.112/1990.

Requer-se a concessão da medida liminar, a fim de suspender o ato impugnado e de restabelecer a percepção do benefício previdenciário. No mérito, pugna-se pela concessão definitiva do pleito liminar.

Em 9.7.2013, o Ministro Celso de Mello, no exercício da Presidência, determinou em despacho (eDOC 24) a regularização da representação, bem como deferiu o pedido de justiça gratuita. O impetrante juntou documentos regularizando a representação (eDOCs 27 e 28).

Decido.

Não entendo demonstrado o *fumus boni iuris*.

A autoridade coatora, ao prestar informações (eDOC 33), ressaltou o seguinte, no que aqui interessa:

“26. Com a edição do Acórdão 2.515/2011-TCU-Plenário, inaugurou-se o entendimento de que a pensão a menor sob guarda não mais seria devida em razão de o art. 5º da Lei 9.717, de 1998, ter derogado do regime próprio de previdência social dos servidores públicos da União, entre outras, a pensão instituída com fundamento no art. 217, II, b da Lei 8.112, de 1990.

27. Por pertinente, transcrevemos a seguir os fundamentos para adoção do citado entendimento, constantes do voto condutor (...):

(...)

O objetivo expresso da lei é a ‘organização e funcionamento dos regimes de previdência social dos servidores públicos da União, sendo este um dos tópicos do Estatuto dos Servidores Públicos da União. Logo, é especial. Assim, não se pode arguir a impossibilidade jurídica de a Lei 9.717/98 derogar a Lei 8.112/90, no tópico em análise, pois não se trata de norma geral a derogar norma específica, mas justamente o contrário, leis especial de regime de previdência também dos servidores públicos.

Por sua vez, o art. 5º da Lei 9.717/98 estabelece a seguinte limitação acerca dos benefícios da previdência:

‘Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.’

(...)

Ocorre que a Lei 8.213/1991, do Regime Geral de Previdência Social, não prevê o pagamento de pensão a filho emancipado e não inválido, a menor sob guarda e a pessoa designada, porque o artigo 16 dessa norma, a partir da redação dada pela Lei 9.032/1995 e da Medida Provisória 1.536/1996 (convertida na Lei 9.528/1997), alterou a redação de beneficiários do segurado do regime geral.

Por conseguinte, deixou de existir o benefício previdenciário ‘pensão por morte’ em favor de todos aqueles excluídos da relação de dependência do segurado.

(...)

Assim, com o advento da Lei 9.032/1995, deixou de existir, no regime geral da previdência social, o benefício da pensão por morte, anteriormente pago a filho e a irmão emancipados (não

inválidos), bem como a pessoa designada. Já o menor sob guarda deixou de ser beneficiário da pensão a partir da publicação da Medida Provisória 1.536/1996, reeditada até sua conversão na Lei 9.528/1997.

Porém, o art. 217 do Estatuto do Servidor Público Federal (Lei 8.112/1990) não foi alterado, mantendo as regras vigentes desde 12.12.1990, nos seguintes termos:

(...)

Considerando que as pensões civis estatutárias, anteriormente atribuíveis a filho emancipado e não inválido, a menor sob guarda e a pessoa designada, previstas, respectivamente, no art. 217, II, alíneas 'a', 'b', 'c', e 'd', da Lei 8.112/1990, não encontram correspondente no regime geral da previdência social, não resta outra conclusão que a revogação das espécies desses benefícios a partir da publicação da Lei 9.717, ocorrida em 28/11/1998.

Admitir a hipótese de manutenção da pensão estatutária a essas categorias, após a vigência da Lei 9.717/1998, implicaria negar vigência ao art. 5º desse diploma legal, segundo o qual é defeso aos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal, a concessão de benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.” (eDOC 33, págs. 10-15). Além disso, o TCU consignou que o STJ veio a consolidar entendimento acerca desta questão no julgamento do EREsp 884.598/PI, no sentido de exclusão do menor sob guarda do rol de beneficiários do segurado do regime geral. Ademais, informou-se que o entendimento do TCU foi adotado como orientação normativa no âmbito da Administração Pública Federal recentemente:

“30. Na mesma linha do entendimento desta Corte de Contas, a Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MP), na qualidade de órgão central do SIPEC-SEGEP, emitiu a Nota Técnica 100/212/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, de 14.4.2012, pacificando, em âmbito administrativo, o entendimento acerca da impossibilidade de se conceder pensão civil estatutária destinada aos beneficiários de que tratam as alíneas 'a', 'b', 'c' e 'd' do inciso II do art. 217 da Lei 8.112/90, entre eles, o menor sob guarda.” (eDOC 33, pg. 18).

Como informado, o art. 5º da Lei 9.717/98 está em vigor, é posterior à Lei 8.112/90, dispõe sobre regime de previdência próprio dos servidores públicos federais, estaduais e municipais e dirige-se a regulamentar o sistema de concessão de benefícios.

Além disso, a autoridade coatora informou que:

“31. No caso sob exame, o instituidor do benefício faleceu em 21/5/2007, após, portanto, à revogação do dispositivo legal que daria ao impetrante o amparo para a percepção da pensão, por força do art. 5º da Lei 9.717, de 1988, que derogou do regime próprio de previdência social dos servidores públicos da União, entre outras, a pensão instituída com fundamento no art. 217, II, b da Lei 8.112, de 1990.” (eDOC 33, pg. 18).

Ademais, tanto a Corte de Contas quanto a Administração Federal apontam entendimento atual no sentido da derrogação do benefício destinado a menor sob guarda, no que tange à aplicação da Lei 8.112/90.

Tais elementos não permitem evidenciar, neste juízo preliminar, e salvo análise mais aprofundada quando do julgamento do mérito, o caráter incontroverso do direito alegado como líquido e certo a autorizar a concessão da medida liminar.

Ante o exposto, indefiro o pedido liminar.

Defiro o ingresso da União no feito, nos termos do art. 7º, inciso II, da Lei 12.016/2009.

Dê-se vista dos autos à Procuradoria-Geral da República.

Publique-se.

Intime-se.
 Brasília, 17 de dezembro de 2013.
 Ministro Gilmar Mendes
 Relator
 Documento assinado digitalmente.⁸

Vale transcrever, ainda, o seguinte trecho da decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, em mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas da União, de resto decisão recentíssima, publicada no DJe em 30/10/2013:

5. A especial proteção à criança foi expressamente acolhida pela CF/88 em seu art. 227, comando explicitado pelo art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/1990, verbis: Art. 227 CF. É dever da família, da sociedade, do Estado assegurar a criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, a alimentação, a educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, a dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

(...)

II - Garantias de direitos previdenciários e trabalhistas.

Art. 33. - A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

(...)

§ 3º - A guarda confere criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

6. O pagamento de pensão ao sobrinho de ex-servidor civil que vivia sob sua guarda, na forma do art. 217, inc. II, alínea b, da Lei n. 8.112/1990, resta legítimo consoante jurisprudência da Suprema Corte.

7. A pensão por morte decorrente de relação estatutária não se confunde com aquela prevista no Regime Geral de Previdência Social, Lei 8.213/91, porquanto, nesse regime, a reforma promovida pela Lei n. 9.528/97 excluiu a equiparação do menor sob guarda judicial aos dependentes do segurado (art. 16, § 2º, da Lei n. 8.312/91).⁹

Continuando sua decisão, explicita o eminente Ministro Luiz Fux o entendimento da Excelsa Corte, posicionamento que passa a orientar os demais órgãos judicantes do país no exame de matérias congêneres:

O ato ora impugnado está em desacordo com a orientação jurisprudencial mais recente desta Suprema Corte, espelhada na seguinte decisão:

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado contra acórdão prolatado em 27/11/2012 pela Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União nos autos do Processo 041.736/2012-5, assim ementado:

PESSOAL. PENSÃO CIVIL. MENOR SOB GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. NOVO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PLENÁRIO DESTA CORTE SOBRE A MATÉRIA CONSOANTE O ACÓRDÃO Nº 2.515/2011. INTELECÇÃO RATIFICADA PELO ACÓRDÃO Nº 2.875/2012, TAMBÉM DO PLENÁRIO. ILEGALIDADE. NEGATIVA DE REGISTRO. DETERMINAÇÕES.

⁸ Supremo Tribunal Federal - MS 32184 MC / DF - Relator(a): Min. Gilmar Mendes - Julgamento: 17/12/2013 - Processo Eletrônico Dje-251 Divulg, 18/12/2013 Public. 19/12/2013.

⁹ Supremo Tribunal Federal - MS 32213 / PR - Relator(a): Min. Luiz Fux - Julgamento: 25/10/2013 - DJe-215 DIVULG 29/10/2013 PUBLIC 30/10/2013.

A referida decisão considerou ilegal a concessão de pensão temporária, fundamentada no art. 217, II, b, da Lei 8.112/1990, em favor de menor que estava, desde 14/8/2008, sob a guarda, posse e responsabilidade de sua avó materna, ex-servidora pública federal, até o falecimento desta última, em 27/3/2010. A negativa de registro ora impugnada teve como fundamento a mudança de entendimento do TCU a partir da prolação, em 21/9/2011, do Acórdão 2.512/2011, em que aquela Corte de Contas passou a considerar que a previsão contida no art. 217, II, b, da Lei 8.112/1990 teria sido revogada pelo disposto no art. 5º da Lei 9.717/1998. A impetrante alega, em síntese, violação de direito líquido e certo por ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, bem como aos arts. 227, § 3º, II, da Constituição Federal, e 33, § 3º, II, da Lei 8.069/1990.

Sustenta, dessa forma, a ocorrência de equívoco na interpretação de que o art. 5º da Lei 9.717/1998 teria revogado a pensão prevista no art. 217 da Lei 8.112/1990. Afirma que a jurisprudência desta Corte, posicionando-se de modo diverso, sequer exige comprovação de dependência econômica havida entre beneficiante (sic) e beneficiário. Requer, assim, a suspensão liminar dos efeitos da decisão colegiada ora atacada, com o imediato restabelecimento do benefício até o julgamento de mérito do writ, e, no mérito, a invalidação definitiva do referido acórdão.

É o relatório.

Decido.

Defiro, inicialmente, o pedido de assistência judiciária gratuita formulado, nos termos da Lei 1.060/1950 (art. 21, XIX, do RISTF). Examinados os autos, entendo ser caso de deferimento do pleito de liminar. Com efeito, verifico que, em 25/6/2008, o Plenário desta Corte, no julgamento do MS 25.823/DF, Redator para o acórdão Min. Ayres Britto, reconheceu a plena legalidade do ato administrativo de concessão de pensão temporária instituída em favor de menor que se encontra sob a guarda de ex-servidora pública federal. O acórdão foi assim ementado:

MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE EXTINGUIU PAGAMENTO DE PENSÃO A NETA DE EX-SERVIDORA.

1. O menor que, na data do óbito do servidor, esteja sob a guarda deste último, tem direito à pensão temporária até completar 21 (vinte e um) anos de idade (alínea 'b' do inciso II do art. 217 da Lei nº 8.112/90). Irrelevante o fato de a guarda ser provisória ou definitiva.
2. Segurança concedida (grifei).

Além disso, conforme ressaltado pelo Presidente desta Corte, Ministro Joaquim Barbosa, ao deferir, no último período de férias forenses, pedido de liminar em tudo semelhante ao que ora se examina, a previsão normativa contida na Lei 8.112/1990 não foi explicitamente revogada pela legislação superveniente mencionada pelo Tribunal de Contas da União (MS 31.861-MC/DF, Rel. Min. Rosa Weber).

O Ministro Dias Toffoli, nessa mesma linha, salientou a estrita submissão da atuação do TCU, no exame do ato inicial de concessão de pensão, ao princípio constitucional da legalidade (MS 32.006-MC/DF, Rel. Min. Dias Toffoli).

Aponto, ademais, algumas das decisões recentes desta Corte em que foram concedidas medidas cautelares análogas a que ora se pleiteia, considerando-se, inclusive, numa ponderação de valores, o caráter essencialmente alimentar do benefício em questão: MS 32.102-MC/DF e MS 32.029-MC/DF, ambos de relatoria do Min. Celso de Mello; MS 32.038-MC/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia; MS 31.969-MC/DF, de minha relatoria; MS 31.949-MC/DF, Rel. Min. Rosa Weber; e MS 31.807-MC/DF e MS 31.703-MC/PA, ambas de relatoria do Min. Luiz Fux.

Isso posto, sem prejuízo de um exame mais aprofundado da matéria por ocasião do julgamento de mérito deste mandamus, defiro o pedido de liminar formulado para suspender os efeitos do Acórdão 8913/2012, prolatado pela Segunda Câmara do Tribunal de Contas da União nos autos do Processo 041.736/2012-5, e, conseqüentemente, determinar o restabelecimento da pensão anteriormente concedida em favor da menor impetrante. Comunicuem-se, com urgência,

o Presidente do Tribunal de Contas da União, notificando-o para que preste informações no prazo de dez dias (art. 7º, I, da Lei 12.016/2009), bem como a Chefe da Seção Operacional da Gestão de Pessoas do Instituto Nacional do Seguro Social INSS. Dê-se ciência desta impetração à Advocacia-Geral da União, enviando-lhe cópia da petição inicial e desta decisão. (Art. 7º, II, da Lei 12.016/2009). Após, ouça-se, de imediato, a Procuradoria Geral da República. Publique-se. Brasília, 19 de junho de 2013.

Ministro Ricardo Lewandowski, Relator¹⁰

Face ao exposto, concedo a segurança para determinar à autoridade impetrada que suspenda a anulação da pensão provisória concedida ao impetrante, determinando, ainda, que a pensão seja mantida até a data em que o impetrante completar 21 anos, ou seja, até 12/11/2013. Prejudicado o agravo regimental.

Publique-se.

Brasília, 25 de outubro de 2013.

Ministro Luiz Fux, Relator¹¹

A orientação prefixada pelo Supremo Tribunal Federal em casos similares, é muito clara e serve de norte para o entendimento da questão e de seu deslinde nas instâncias inferiores.

É que, como se repete, não há como se confundir as regras do Regime Geral da Previdência Social com a situação própria dos servidores federais estatutários, regidos pela Lei n.º 8.112, de 1990, chamada de Lei do Regime Jurídico Único. Se, na regra do RGPS, o menor sob guarda judicial não se inclui entre os dependentes do segurado, esta proteção persiste enquanto o servidor público federal está vivo (em exercício ou aposentado) e se prolonga no tempo, mesmo depois da morte do instituidor, até que o beneficiário atinja a marca legal dos 21 anos.

Assim, conforme ressaltaram muito bem os eminentes Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, a pensão por morte decorrente de relação estatutária não se confunde com aquela prevista no Regime Geral de Previdência Social, Lei 8.213/91, porquanto, nesse regime, a reforma promovida pela Lei n. 9.528/97 excluiu a equiparação do menor sob guarda judicial aos dependentes do segurado (art. 16, § 2º, da Lei n. 8.312/91).¹²

6. Em conclusão

Ante o exposto, e seguindo a orientação remansosa traçada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, fica evidente que as regras da Lei n.º 8.213, de 1991, Regime Geral da Previdência Social, não se aplicam à pensão de dependente, por morte de instituidor, antigo servidor federal, regido, quando em vida, pela Lei n.º 8.112, de 1990.

Então, é de reconhecer descabida a pretensão da Autarquia Educacional Federal, de cancelar a citada pensão por morte, aplicando ao caso concreto uma lei específica de outro regime jurídico.

O caminho é a busca da proteção jurisdicional, de sorte a impedir a continuação do ato ilegal e da reparação pecuniária devida ao Consulente.

S.m.j.

10 Supremo Tribunal Federal - MS 32088 MC, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 19/06/2013, publicado em Processo Eletrônico DJe-120 divulg 21/06/2013 public. 24/06/2013).

11 Supremo Tribunal Federal - MS 32213 / PR - Decisão monocrática - Relator, o Min. Luiz Fux - Julgamento: 25/10/2013 - Processo Eletrônico DJe-215 divulg. 29/10/2013 public. 30/10/2013. Documento assinado digitalmente.

12 Supremo Tribunal Federal - MS 32213 / PR - Relator(a): Min. Luiz Fux - Julgamento: 25/10/2013 - DJe-215 divulg 29/10/2013 public 30/10/2013.

MARCOS LEGAIS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL, EM FACE DA ASSISTÊNCIA DO ADVOGADO.

Carlos Eduardo de Vasconcelos

Autor, palestrante, advogado, professor da FG/PE, Presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem da OAB/PE, Diretor de Mediação do CONIMA, Membro do Conselho Consultivo da Escola Nacional de Mediação e Conciliação do MJ/CNJ (ENAM).

Sumário:

1. Introdução. 2. Conciliação e Mediação Judicial, Consoante o Projeto do Novo Código de Processo Civil. 3. Mediação entre Particulares, Consoante o PL nº 7.169/2014. 4. Considerações Finais.

1. Introdução

Neste artigo iremos comentar aspectos dos Projetos de Lei atualmente em tramitação, no Congresso Nacional, destacando questões como a obrigatoriedade da assistência de advogados na mediação extrajudicial e a obrigatoriedade da mediação judicial prévia.

A assistência de advogados é sempre muito importante na mediação. Naturalmente, também é importante que o advogado já esteja preparado para compreender que ali não se está revelando, publicamente, aspectos que ele, em sua perspectiva estratégica e dogmática, preferiria não comunicar. Ali, em verdade, há um espaço fundado no princípio da boa-fé, em que a espontaneidade das revelações e o diálogo constituem o método facilitado pelo terceiro mediador, previamente capacitado nas técnicas, valores e habilidades da mediação, em busca da compreensão das questões, necessidades e interesses, sob o manto da confidencialidade. O que é revelado ali não vale como prova em outro espaço. Como diria Gadamer, ali é um exercício construtivo de compreensão, que antecede e se conecta aos momentos epistemológicos da interpretação e da decisão contratualmente formalizada. Nesse sentido, a mediação é um diálogo regrado, em que pessoas capazes buscam, no exercício da autonomia das respectivas vontades, a superação das suas divergências, com o apoio do mediador. Na hipótese de chegarem a um acordo, decidem mediante contrato.

A nossa hipótese é no sentido de que o papel constitucional da advocacia - que a OAB diligentemente aprecia enquanto prerrogativa do advogado - por um lado concorre e por outro tem como limite o aperfeiçoamento das instituições democráticas, inclusive com vistas à autonomia da vontade da cidadania na solução pacífica das controvérsias, consoante o princípio da promoção da paz.

Assim, conforme a sua teoria e prática, a mediação de conflitos não é um procedimento exclusivamente ou prioritariamente jurídico, pois a rigor, esse conhecimento jurídico se impõe apenas a partir do momento em que sejam buscadas alternativas para questões patrimoniais e quando da formalização dos direitos e obrigações eventualmente acordados. Neste sentido, especialmente em se tratando de conciliação, alguma consultoria ou assessoria jurídica será necessária, a critério dos mediandos, direta ou indiretamente.

Desse modo, entendemos que, salvo nas mediações judiciais, em que as partes já estão necessariamente patrocinadas por advogados - haja vista a caracterização da busca do apoio estatal - a assistência dos profissionais da advocacia nas mediações extrajudiciais deve estar ajustada à autonomia da vontade de pessoas capazes, na ambiência dos valores de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...” (Preâmbulo da CF/88). Com efeito, o instituto da Arbitragem, nacional e internacionalmente consolidado, acolhe essa hermenêutica.

Ademais, a experiência nos leva a perceber que a obrigatoriedade da assistência advocatícia nas mediações extrajudiciais causaria desnecessária limitação ao desenvolvimento dessa prática cidadã, que se ampliará, sob o influxo da mediação judicial, em paralelo com o mercado de trabalho dos advogados, pois esses profissionais

do direito serão espontaneamente solicitados a atuar enquanto advogados, negociadores, árbitros ou mediadores, conforme as necessidades do cliente e as características do conflito, tal como em países institucionalmente mais aprimorados.

Em virtude de tais pressupostos, entendemos como necessário um justo equilíbrio entre a liberdade do cidadão capaz de assumir responsabilidades e a expectativa da segurança jurídica do acordo a ser eventualmente formalizado. Ao final deste artigo deveremos apresentar ideias sobre a compatibilização da autonomia da vontade com a segurança jurídica, no trato desta questão.

Uma segunda questão que, no nosso modesto entendimento, a OAB deve aprofundar, é aquela relacionada à obrigatoriedade de uma primeira reunião de mediação judicial, nas hipóteses não excluídas de tal obrigatoriedade em virtude da urgência ou da indisponibilidade do direito. No correr deste artigo, examinando os respectivos Projetos de Lei, iremos fundamentar o entendimento a propósito desta segunda questão.

Após apreciarmos os dois Projetos de Lei (o do novo CPC e o da lei especial da mediação), proporemos, ao final deste artigo, uma compreensão a respeito dessas duas questões que, a nosso ver, devem ser priorizadas pela OAB.

Para o conhecimento global das disposições sobre mediação de conflitos nos dois Projetos de Lei antes referidos, enunciaremos, adiante, os respectivos textos, com os nossos comentários.

2. Conciliação e mediação judicial, consoante projeto do novo código de processo civil.

texto do Projeto de Código de Processo Civil, cujos artigos sobre conciliação e mediação iremos comentar ou referir adiante, é o da Emenda Aglutinativa Substitutiva Global, aprovada na Câmara dos Deputados em novembro de 2013, abrangendo o PL nº 6.025/2005, o PL nº 8.046/2010 e outros. E como tais artigos não foram objetos de destaques, é com esta redação que retornarão ao Senado Federal, casa de origem.

É de se destacar que a mediação referida e regulada é aquela que venha a ser desenvolvida em colaboração com a jurisdição estatal, conhecida como mediação judicial ou pré-judicial, não afetando diretamente as mediações comunitárias ou realizadas no âmbito de relações privadas, extrajudiciais; não litigiosas, portanto.

A registrar as contribuições de processualistas de prestígio, estudiosos e impulsionadores das novas tendências do processo contemporâneo, tais como Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, entre outros, aos quais a comunidade de mediadores rende homenagens.

No Capítulo I - Das Normas Fundamentais do Processo – Título Único, dispõe o art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Comentário: Entendemos como relevantes as novidades trazidas relativamente à conciliação e à mediação, especialmente porque inseridas numa proposta processual que contempla o primado do diálogo por soluções consensuais, com destaque, também, para o estímulo ao contraditório cooperativo como dever de todos os operadores do direito, com vistas ao princípio da efetividade da justiça e à maior satisfação da cidadania. No Capítulo I do Título IV, consta o art. 118, que dispõe sobre os poderes, deveres e responsabilidade do juiz, como segue: “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código”, incumbindo-lhe, consoante o inciso V, “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

Comentário: com efeito, como não cabem conduções meramente intuitivas desses procedimentos e como os juízes, no Brasil, cuidam de milhares de processos, é de se esperar que essa preferência pelo encaminhamento para conciliadores e mediadores devidamente capacitados se transforme em prática comum.

Destaque-se, ademais, o inciso VIII do mesmo artigo, no qual consta que também incumbe ao juiz “determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para ouvi-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso”.

Conforme o Capítulo II - Dos Impedimentos e da Suspensão - do mesmo Título IV, art. 148, II, c/c art. 149, os conciliadores e mediadores são incluídos entre os operadores em relação aos quais também se aplicam os motivos de impedimento e de suspeição, previstos para os juízes, e relacionados nos arts. 144 e 145.

No Capítulo III – Dos Auxiliares da Justiça - consta, conforme o art. 149, que: “São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.”

Na Seção VI - Dos conciliadores e mediadores judiciais - do referido Capítulo III constam, nos arts.166 a 176, as regras que norteiam as atividades dos conciliadores e mediadores.

Consoante o art. 166, “Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. § 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. § 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores. § 3º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 4º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”.

Comentário: é fundamental a criação desses centros de solução consensual de conflitos (SEJUCs), inclusive para o desenvolvimento de programas destinados a estimular, orientar e estimular a autocomposição. As normas do Conselho Nacional de Justiça irão nortear os padrões de estrutura e de qualidade necessários. Consoante o § 3º, o conciliador, que, em verdade, deveria atuar ao modo do mediador avaliativo – aquele que, além de conduzir o procedimento com a devida capacitação, estará autorizado a sugerir, no momento próprio, alternativas de soluções para as questões objeto da controvérsia – deve ser um profissional com conhecimentos específicos sobre o objeto das sugestões. Cremos que essa abordagem será muito praticada nos mutirões que envolvem relações transindividuais de consumo. Em verdade, é preciso que se promova, desde o início, a relativização dessa distinção entre mediador e conciliador, pois as variações de abordagem irão depender das circunstâncias do conflito, que podem mudar durante o procedimento informal da mediação/conciliação. Não fica claro que os conciliadores também devem auxiliar as partes interessadas a compreender as questões e os interesses envolvidos no conflito.

Pessoalmente preferimos que todos fossem igualmente designados como mediadores, com as suas várias abordagens, em função do que se vai revelando no conflito, pois é também dessa dinâmica, e não apenas dos elementos prévios, que o mediador sentirá, compreenderá e combinará com as partes o modelo ou modelos que se revele(m) mais apropriado(s) a lidar com a respectiva controvérsia.

Consoante o art. 167: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da normalização do conflito, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

Comentário: Tem havido consenso quanto aos princípios da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade. Discordâncias apresentam-se, inicialmente, quanto aos chamados princípios da independência (do mediador) e da imparcialidade (do mediador), que melhor se ajustam como deveres do mediador e não como princípios do procedimento, porque referidos a requisitos para atuar ou à equidistância na atuação pessoal do mediador. Discordâncias também quanto aos chamados princípios da normalização e da decisão informada; na primeira hipótese porque a normalização é uma habilidade comunicativa do mediador, com vistas a afastar constrangimentos das partes em relação ao conflito, na segunda hipótese porque a decisão informada é a consequência do consensualismo ou da busca do consenso; daí porque entendemos que consensualismo (ou busca do consenso), sim, este seria um princípio da mediação. Notamos, também, haver forte corrente defendendo que a isonomia (ou a igualdade entre as partes) seria mais um princípio da mediação. O PL nº 7.169/14, que mais adiante examinaremos, vai nesse sentido. Mas a isonomia não é princípio da mediação, porque consubstancia, em sua maior amplitude, um dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. Defendemos que a boa-fé, esta sim, é um princípio da mediação. Esta questão dos princípios da mediação deverá ser finalmente equacionada quando este PL do novo CPC e o da mediação entre particulares e da composição de conflitos no âmbito da Administração Pública (PL 7169/14), retornarem ao Senado em fase final de tramitação.

Nos parágrafos do art. 167 consta o seguinte: “§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por ex-

pressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. § 3º A aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade. § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.”

Comentário: A confidencialidade, portanto, estende-se a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. Em virtude do dever de sigilo, inerente à sua função, o conciliador e o mediador e sua equipe não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. Quanto à liberdade de o mediador aplicar técnicas negociais, há aí uma tautologia, sendo desnecessária tal estipulação, haja vista que, basicamente, a mediação é negociação com o apoio de terceiros; o(s) mediador(es).

Consoante o art. 168, “Os conciliadores, mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional. § 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal. § 2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional. § 3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes. § 4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, e para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores. § 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções. § 6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.”

Comentário: Deve-se entender que o cadastramento dos mediadores e o credenciamento das câmaras privadas obedecem a duas razões distintas. O cadastramento do mediador/conciliador dependerá do atendimento aos requisitos de capacitação e idoneidade, e tem por objetivo a sua habilitação para atuar como mediador judicial. O credenciamento da câmara privada está associado ao reconhecimento, pelo CNJ e pelo MJ, da sua competência e idoneidade para ministrar os cursos de capacitação de mediadores judiciais, consoante as exigências dos parâmetros curriculares estabelecidos. Valem destaques o que dispõem os §§ 5º e 6º. O § 5º, ao estabelecer que os conciliadores e mediadores judiciais, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que estejam atuando como mediadores/conciliadores judiciais, veda, conforme entendemos, essa advocacia em uma mesma vara (juízo) de determinada Comarca ou em um mesmo Tribunal. Entendemos como não cabível limitação mais ampla; primeiramente, porque conciliador ou mediador não tem poder para multar, punir, julgar, decidir, pois é apenas facilitador de soluções autocompositivas. Segundo, porque os motivos de impedimento e de suspeição desses conciliadores e mediadores, ao atuarem como auxiliares da justiça devidamente cadastrados, já estão satisfatoriamente especificados no art 148, II, c/c art. 149. Terceiro, porque o art. 173 já dispõe que o conciliador ou o mediador fica impedido, pelo prazo de um ano a contar do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer dos litigantes. E quarto, porque a cultura da pacificação social não é incompatível com a advocacia, daí porque não devem ser incompatibilizadas essas duas atuações, que não se confundem, obedecidos os limites antes referidos. Quanto ao § 6º, entendemos que a opção por quadro próprio, provido mediante concurso público, não deveria excluir a coexistência do cadastramento de mediadores judiciais independentes. Vislumbramos, em médio prazo, como geometricamente crescente a demanda pela mediação, tal como vem ocorrendo em outros países. Imaginamos, para as demandas originárias da Defensoria Pública, um quadro de mediadores providos mediante concurso público e atuantes nas próprias instalações dos Centros Judiciários de Soluções Consensuais de Conflitos, sem custos para as partes; mas não vemos como isto poderá acontecer sem a coexistência e a flexibili-

dade ensejada pelo cadastramento de mediadores judiciais privados, remunerados consoante parâmetros razoáveis.

O art. 169 dispõe: “As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado junto ao tribunal. § 2º Inexistindo acordo na escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação. § 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.”

Comentário: Essa faculdade prevista no art. 169 é muito adequada. Quando houver consenso, a autonomia da vontade das partes é reconhecida na possibilidade de escolha de mediador ou de câmara privada de sua livre escolha, mesmo que o mediador não seja cadastrado e a câmara não seja credenciada. Quando as partes não tenham escolhido consensual e previamente o mediador, haverá distribuição entre os mediadores cadastrados, “observada a respectiva formação”. Não estamos entendendo como isto ocorrerá na prática.

Eis como dispõe o art. 170: “Ressalvada a hipótese do art. 168, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça. § 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal. § 2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que haja sido deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento”.

Comentário: Entendemos que essa questão da atividade voluntária não deveria ser confundida com a atividade precípua do mediador, com todas as responsabilidades e encargos que lhe são exigidos; que deve ser remunerada. Entendemos que os Tribunais sempre poderão contar, especialmente em mutirões de conciliação e em Câmaras em Universidades, vinculadas às respectivas práticas jurídicas, com voluntários que terão interesse em participar de tais dinâmicas, quer para aprender outros saberes e/ou colaborar com a cidadania, quer para vivenciar a prática e obter horas de atividade complementar, no cumprimento de obrigações acadêmicas.

Em seguida o art. 171, sobre impedimento do mediador: “No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz da causa, ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania, devendo este realizar nova distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com o relatório do ocorrido e a solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.”

Sobre impossibilidade temporária, assim dispõe o art. 172: “No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.”

Eis um impedimento com prazo de um ano, conforme o art. 173: “O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.”

Comentário: este impedimento do art. 173 é oportuno e protegerá o trabalho do mediador contra rumores de captação de clientela. Entendemos que tal limitação não atinge a hipótese de ambas as partes contratarem aquele mediador como advogado, com vistas a providências administrativas ou judiciais voltadas à concretização ou implementação do acordo construído.

Sobre as hipóteses de exclusão do quadro de conciliadores e mediadores judiciais, eis o que dispõe o art. 174: “Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que: I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade, ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 167, §§ 1º e 2º; II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito. § 1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo. § 2º O juiz da causa ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até cento e oitenta dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.”

Embora iniciativa relevante, entendemos que o art. 175 é matéria própria de lei especial, conforme o tratamento contido no PL 7169/2014, em tramitação na Câmara dos Deputados. De qualquer modo, eis o que dispõe o art. 175: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de

conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

Eis o que estabelece o art. 176: “As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.” Comentário: Essa ponte entre o CPC e a legislação especial, que costumamos chamar de marco legal da mediação, é positiva. Verificaremos, mais adiante, ao examinarmos o PL 7169/2004, que a mediação extrajudicial entre particulares e a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública são aspectos dessa mudança de paradigma que necessitam do impulso de um bom programa normativo.

No Livro I, que trata do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Título I, do Procedimento Comum; Capítulo I, Das Disposições Gerais, consta o art. 320 e seu inciso VII, que assim dispõem: “Art. 320. A petição inicial indicará: VII – a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”.

No Capítulo V, da Audiência de Conciliação, constam as disposições do art. 335 e parágrafos, no seguinte sentido: “Art. 335. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de trinta dias, devendo ser citado o réu com pelo menos vinte dias de antecedência. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária. § 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à mediação e à conciliação, não excedentes a dois meses da primeira, desde que necessárias à composição das partes. § 3º A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado. § 4º A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – no processo em que não se admita a autocomposição. § 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência. § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meios eletrônicos, nos termos da lei. § 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos. § 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença. § 12. A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de vinte minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

Comentário: De início, uma questão fundamental. Para que possamos avançar do paradigma do litígio para o do consenso necessitamos mais do que da espontaneidade. Militamos na advocacia desde os anos 70 e sabemos como é pesada a carga cultural do litígio em nossa sociedade piramidal, patrimonialista. Não será por mera opção que se ensinará à cidadania brasileira a oportunidade e a segurança necessários a diálogos construtivos em busca de soluções de interesse comum. Aqui na América Latina e por toda parte consolida-se a obrigatoriedade de participação de todos em uma primeira reunião de mediação. A experiência tem demonstrado nos países onde isto vigora, e aí estão incluídos os países mais avançados politicamente, que a parte recalcitrante, ao ter a oportunidade de perceber a boa-fé, a possibilidade de esclarecimentos e de reciprocidade respeitosa, tendo escutado a outra parte, geralmente passa a demonstrar o desejo de contribuir para a conversa em busca do entendimento. Quando trocamos ideias a respeito na Comissão constituída no Ministério da Justiça para elaborar proposta de marco legal, concluímos, consensualmente, ser do maior valor estratégico que também adotemos essa conduta. Daí porque, no texto do PLS 434/13, a matéria do procedimento da mediação judicial previa, no art. 26, o seguinte: “Art. 26. A petição inicial será distribuída simultaneamente ao juízo e ao mediador, interrompendo-se os prazos de prescrição e decadência. Parágrafo único. Competem aos Tribunais a organização e a disciplina de funcionamento do órgão que agregará os mediadores. E vejamos que, nessa linha de procedimento, fez-se constar a seguinte disposição no Art. 27: “O mediador designará, no prazo máximo de trinta dias, a sessão de mediação, dando ciência às partes por qualquer meio de comunicação idôneo. § 1º. O procedimento de mediação deve ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem a sua prorrogação. § 2º. Transcorridos sessenta dias sem a obtenção de consenso, e não havendo pedido de prorrogação do prazo pelas partes, o

mediador lavrará certidão, que será encaminhada, juntamente com a petição inicial, ao Juízo”.

Este, a nosso ver, seria o modo de efetivar as promessas no novo CPC, para que tão aguardada metamorfose não nos frustre ao revelar-se ao modo de mais uma institucionalização simbólica; mera promessa. Sequer seria razoável aventar afronta ao disposto no art.5º, XXXV, da CF/88, porque o Judiciário não se resume à porta do litígio, haja vista que se consolida, mais e mais, como instituição multiportas, ao oferecer outros meios de resolução adequada de disputas.

No entanto, lamentavelmente, assim dispõe o art. 336: “O réu poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de quinze dias, cujo termo inicial será a data: I – da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; II – do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese do art. 335, § 4º, inciso I;

Em seu art. 366 o PL apela para a autoridade do Juiz. É como se este, tal qual Hercules, estivesse em condições de cuidar, com a aptidão e tempo suficientes, de questões que não foram previamente mediadas, do modo adequado, como antes aludimos. Com efeito, assim dispõe o art. 366: “Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo do emprego de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem.”

No Capítulo VI, Título III, Das Ações Possessórias, Seção II, Da Manutenção e da Reintegração da Posse, consta o seguinte: “Art. 579. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até trinta dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. § 1º Depois de concedida a liminar, se esta não for executada no prazo de um ano, a contar da data de distribuição, caberá ao juiz designar audiência de mediação, nos termos dos §§ 2º a 4º deste artigo. § 2º O Ministério Público será intimado para comparecer à audiência; a Defensoria Pública será intimada sempre que houver parte beneficiária de gratuidade da justiça. § 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional. § 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal, e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse na causa e a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.”

No Capítulo X, Das Ações de Família, o art. 709 a 714 procuram inovar. No entanto, a despeito do sucesso em países como o Chile, onde a mediação familiar prévia é especialmente obrigatória, continuamos deixando o problema nas mãos da velha cultura. Não nos parece suficiente a promessa de que, nessas ações, “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia”. Examinemos como essa questão é prevista no art. 709: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar”.

O art. 710, em seguida, dispõe: “Recebida a petição inicial, e tomadas as providências referentes à tutela antecipada, se for o caso, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 709. § 1º O mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deve estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo. § 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de quinze dias da data designada para a audiência. § 3º A citação será feita na pessoa do réu, preferencialmente por via postal. § 4º As partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos na audiência.

Observa-se que a mediação familiar goza de maior flexibilidade. Eis o que dispõe o art. 711: “A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.”

Comentário: especialmente em questões de família, inúmeras legislações, como a francesa, a canadense, a chilena, legislações da Argentina e dos EUA¹, por exemplo, adotam a obrigatoriedade de comparecimento e participação. Identificou-se, naqueles e em inúmeros outros países, que, em virtude da cultura da litigiosidade, os operadores do direito, quando ainda desconhecem as vantagens das dinâmicas consensuadas, tendem a desencorajar

1 GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação e Judiciário no Brasil e nos EUA. Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Coord: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

os respectivos clientes, inviabilizando, assim, o trato mediador. Portanto, pelo menos até que se consolide o novo paradigma, tem sido pedagogicamente recomendada a obrigatoriedade de comparecimento e participação. A experiência Argentina nos é revelada, em detalhes, por Sérgio Abrevaya.²

3. Mediação entre particulares, consoante o PL N° 7.169/2014.

Desde o início da década passada temos participado dos esforços por uma legislação sobre a mediação de conflitos, que coloque o Brasil no rumo das inovações significativas dos países mais avançados.

Conforme iremos examinar mais adiante, o projeto de Lei n° 7169/2014, já aprovado no Senado, é fruto da consolidação de três projetos (PLS 517/11, PLS 405/13 e PLS 434/13). Foi mantida a base do PLS 517/2011, de autoria do senador Ricardo Ferraço, e foram acrescentados vários pontos dos outros dois projetos, nascidos de duas comissões: a comissão especial constituída no Senado e presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão, e outra comissão instituída pelo Ministério da Justiça e coordenada pelo Secretário de Reforma do Judiciário Flávio Caetano.

O PL 7.169/2014, que passamos a comentar, dispõe, em seu Capítulo I, sobre a Mediação entre Particulares como meio alternativo de solução de controvérsias; no Capítulo II, regula a Composição de Conflitos no Âmbito da Administração Pública e, no Capítulo III, estipula as Disposições Finais.

O objeto deste artigo será, portanto, comentar apenas as matérias objeto dos Capítulos I e III.

1.1 Capítulo I

Passemos, pois, inicialmente, a apresentar e a comentar as disposições mais significativas desse PL 7.169/14, em seu Capítulo I. Consoante o art. 1º, “Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio alternativo de solução de controvérsias entre particulares e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública”

Comentário. Vislumbramos, de saída, como impróprio denominar-se a mediação como meio alternativo, sendo hoje mais recomendável qualificá-la como um dos meios de resolução adequada de disputas (RAD), ao lado de vários outros, tais como a arbitragem e o próprio Judiciário, conforme as necessidades a serem atendidas.

No referente às Disposições Gerais, ficou estabelecido (art. 2º) que a mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé.

Sobre os princípios, há divergência entre os PLs, haja vista que, ao nosso ver, se costuma confundir princípios da mediação com os deveres do mediador, ou com os princípios que regem o comportamento do mediador. Os princípios da mediação devem abranger todos os participantes do processo.

Optou-se, conforme o Parágrafo único do art. 2º, pelo critério geral da voluntariedade ou da não obrigatoriedade de a pessoa submeter-se a prévio procedimento de mediação. Também aqui se constata o desconhecimento da tendência mundial no sentido da mediação pré-judicial/ judicial obrigatória, como condição prévia a ser concretizada antes da citação da parte demandada, especialmente nos conflitos familiares.

Pelo texto acima, ainda que se tenha a previsão contratual ou que o juiz determine, é necessário enviar um convite à outra parte e, caso esta o recuse ou sequer responda, nada mais poderá ser feito para que a mediação tenha sua chance.

Embora não seja concebível obrigar as pessoas a chegarem a um consenso via mediação, o contrato pactuado entre as partes ou a lei deveria tornar uma primeira reunião com o mediador obrigatória. Na América Latina, países como Argentina, Colômbia e Chile, que introduziram a obrigatoriedade ampla, ou no direito de família, de prévia mediação, têm obtido excelentes resultados.

Na Itália, a União das Câmaras de Comércio apurou em 480 milhões de Euros (de setembro 2011 a setembro 2012) a economia gerada para a sociedade graças a uma lei que obriga apenas o comparecimento a uma primeira reunião de mediação.

Experiências internacionais têm indicado que, ao participar dessa reunião – cujo tempo mínimo de duração também deve ficar estabelecido - a parte recalcitrante tende a desejar externar os seus entendimentos e sentimentos, gerando-se, a partir daí, amplas possibilidades para a solução consensual. Por acaso o Judiciário, no Brasil, não precisa, urgentemente, reduzir a sobrecarga? Por que esta matéria não consta do PL do novo Código de Processo

2 ABREVAYA, Sérgio. *Mediación prejudicial. Una mirada sobre el sistema prejudicial em la Argentina*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2008. 164 p.

Civil?

Voltando ao PL 7.169/2014, ficou estabelecido que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre matéria que admita transação (art. 3º). Os acordos envolvendo direitos indisponíveis e transigíveis devem ser homologados em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público quando houver interesse de incapazes (§ 2º). Muito oportuno. Não se submete à mediação o conflito em que se discute (§ 3º): I – filiação, adoção, poder familiar ou invalidade de matrimônio; II – interdição; III – recuperação judicial ou falência.

Quanto às disposições comuns sobre os mediadores, optou-se por não se estabelecerem definições. Sabe-se que são várias as escolas ou modelos que orientam a atuação de mediadores, mas isto é assunto para os cursos preparatórios de mediadores. Conforme o art. 4º, o mediador será escolhido pelas partes ou, se for indicado, deverá ser por elas aceito. No § 1º consta, simplesmente, que o mediador conduzirá o processo de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito por acordo. No desempenho de sua função, o mediador procederá com imparcialidade, independência e discrição (§ 2º). Estes, portanto, os deveres do mediador.

Consoante o art. 5º, aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Tal como também previsto na Lei de Arbitragem.

Tal como prevalece em nível internacional, o art. 7º dispõe que, salvo acordo em sentido contrário, o mediador não poderá atuar como árbitro, nem funcionar com testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

Também na linha do que consta da Lei de Arbitragem, o art. 8º dispõe que o mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

Em relação aos mediadores extrajudiciais, optou-se por evitar controles prévios sobre o mediador extrajudicial. O art. 9º dispõe que poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e que se considere capacitada a fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho ou associação ou nele inscrever-se. Consideramos oportuna essa flexibilidade, haja vista a variedade de circunstâncias em que a mediação poderá ser praticada. Destacamos, por exemplo, a maior informalidade da mediação comunitária e da mediação escolar, com suas práticas restaurativas, ambas de importância fundamental na pedagogia de uma cultura de paz.

No tocante aos mediadores judiciais, são mais estritas as exigências. Consoante o art. 10, poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou entidade de formação de mediadores, reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça ou pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação do Ministério da Justiça (§ 1º). Os tribunais manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial (§ 2º). A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

Para o controle disciplinar (§ 3º), será compulsoriamente excluído do cadastro o mediador (judicial) que: I – violar os princípios previstos nesta Lei; II – sendo impedido ou suspeito, atuar em procedimento de mediação; III – for condenado definitivamente em decorrência de ação penal ou de improbidade administrativa.

Segundo dispõe o § 6º, o mediador que for excluído compulsoriamente do cadastro de mediadores de um tribunal não será mais admitido em nenhum outro.

Quanto à remuneração optou-se por uma excessiva flexibilidade. Dispõe o art. 11 que a remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e será custeada pelas partes. Nem se previu parâmetros mínimos fixados pelo CNJ, mantendo-se a insegurança neste aspecto.

A solução prevista no parágrafo único do art. 11 para os casos de justiça gratuita, também não é boa. Quem a redigiu parece não compreender que os acordos mediados irão evitar custos outros decorrentes do alongamento das causas, além dos custos emocionais para os jurisdicionados e o desgaste para o Judiciário. Conforme o aludido parágrafo único, “a gratuidade em relação à parte que alega ser juridicamente pobre dependerá da aceitação do mediador”. Ora, por que o Judiciário não assumir esse encargo? Não estará o mediador sendo constrangido a atuar como voluntário? Não estará ele vulnerabilizado em face do razoável receio de retaliação? Os demais auxiliares da justiça são submetidos a idêntico critério?

Eis o que ficou estabelecido no referente às disposições comuns do procedimento de mediação. Nos arts. 12, 13 e 14 constam regras sobre o dever de o mediador revelar circunstância que suscite dúvida sobre sua impar-

cialidade para mediar o conflito, prestar esclarecimento sobre a confidencialidade do procedimento e referências a critérios sobre a participação de mediador, quando necessário.

O art. 15 dispõe a respeito da possibilidade de suspensão de processos judiciais ou arbitrais a pedido das partes. Segundo o referido artigo, “ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se a mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou ao árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio”.

É irrecurável a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes (§ 1º). A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro (§ 2º).

Quanto à assistência de advogados, prevaleceu, consoante o art. 16, a não-obrigatoriedade, tal como na arbitragem. Dispõe o art. 16 que as partes poderão ser assistidas por advogados. Caso apenas uma delas esteja assistida as outras poderão solicitar a nomeação de um defensor ad hoc. (Parágrafo Único).

Quanto ao termo inicial de mediação, eis o que ficou disposto. Considera-se instituída a mediação na data em que for firmado seu termo inicial (art. 17). Constarão do termo inicial de mediação: I – qualificação das partes e dos seus procuradores, quando houver; II – o nome, a profissão e o domicílio do mediador ou dos mediadores e, ainda, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de mediadores; III – a descrição do conflito submetido à mediação; IV – a discriminação da responsabilidade pelo pagamento das despesas com a mediação e dos honorários do mediador, independentemente de se chegar a consenso; V – local, data e as assinaturas do mediador, das partes e dos seus procuradores, quando houver (§ 1º). Poderão as partes incluir no termo inicial de mediação outras matérias que entendam relevantes, inclusive os limites do dever de confidencialidade aplicável a todos os envolvidos no procedimento, signatários do termo inicial de mediação (§ 2º). Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional a partir da data da assinatura do termo inicial (§ 3º).

Dispõe o art. 18 que, instituída a mediação, as reuniões posteriores serão marcadas com a anuência das partes. Já o art. 19, com muita propriedade, estabelece que o mediador possa reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, ouvir terceiros e delas solicitar informações que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos e para facilitar o entendimento.

Quanto ao termo final de mediação, eis o que consta. Consoante o art. 20, o procedimento de mediação será encerrado lavrando-se o seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes (§ 1º). O termo final da mediação conterá: I – a qualificação das partes e dos seus procuradores e prepostos, quando houver; II – o resumo do conflito; III – a descrição do acordo, com os direitos e obrigações de cada parte, ou a declaração ou manifestação de não ser mais possível a obtenção de solução consensual; IV – local, data, a assinatura do mediador e, caso tenha sido celebrado acordo, as assinaturas das partes e dos seus procuradores, quando houver (§ 2º). O termo final de mediação constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Três artigos dispõem sobre mediação extrajudicial. O art. 21 dispõe sobre o convite. “O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação. O parágrafo único estabelece que o convite formulado por uma das partes a outra considera-se rejeitado se não for respondido no prazo estipulado em contrato ou, na falta deste, em até trinta dias da data de seu recebimento. O art. 22 dispõe que, não havendo disposição a respeito do procedimento, caberá ao mediador discipliná-lo, “tendo em conta as circunstâncias do caso, os interesses expressados pelas partes e a necessidade de uma solução expedita para o conflito”.

O art. 23 traz uma importante questão: “Se, no termo inicial de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar o procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento do direito.”

Na mediação judicial, os mediadores serão designados por distribuição e submetidos à aceitação das partes. (art. 24).

Se o juiz, ao receber a petição inicial, verificar que a controvérsia é passível de solução pela via da mediação, encaminhará o processo ao mediador judicial, designado por distribuição, salvo se a petição estiver acompanhada de declaração em que o autor expresse recusa ao procedimento (art. 25).

Ao receber os autos, o mediador instará as partes, por qualquer meio de comunicação, a manifestar-se no prazo de quinze dias acerca de sua disposição para submeter-se ao procedimento e de sua aceitação ao mediador designado (§ 1º). Não havendo resposta de qualquer das partes, considerar-se-á rejeitado o procedimento de mediação, devendo o mediador devolver os autos imediatamente ao juiz para que este dê seguimento ao processo (§ 2º). Decidindo as partes submeterem-se ao procedimento de mediação e restando aceito o mediador, este designará a sessão inicial de mediação, em dia e hora previamente acordados, respeitado o prazo de trinta dias (§ 3º). Acatado o procedimento, mas recusado o mediador, este imediatamente o comunicará ao cartório ou secretaria judicial, que procederá à distribuição dos autos a outro mediador (§ 4º). Verifica-se, pois, que a mediação continua voluntária até mesmo em matéria de conflito familiar.

Quanto ao tempo, ficou estabelecido o prazo de sessenta dias prorrogáveis de comum acordo. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem a sua prorrogação (art. 26). Concluída a mediação sem a celebração de acordo, os termos inicial e final da mediação serão encaminhados ao juiz, que dará seguimento ao processo (§ 1º). Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento da petição inicial e, desde que requerido pelas partes, homologará, por sentença irrecorrível, o termo final de mediação (§ 2º).

O art. 27 estabelece um estímulo financeiro. Art. 27. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

O PL dispõe a respeito da confidencialidade e suas exceções. Consta-se que a confidencialidade, ao comportar exceções, tem caráter de dever jurídico e não de princípio. Com efeito, consoante o art. 28, toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo obtido pela mediação.

Em seu § 1º consta o seguinte: “O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participação no procedimento de mediação, alcançando: I – declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II – reconhecimento de fato, por qualquer das partes, no curso do procedimento de mediação. III – manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV – documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.”

A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial (§ 2º). Não estará abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública (§ 3º).

Segundo o art. 29, será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado. Esta disposição caracteriza essa já conhecida responsabilidade do mediador, que deve ter o cuidado de efetivamente confirmar com cada uma das partes, ao final da reunião privada, o que eventualmente não pode ser revelado à outra parte.

Aqui terminamos as questões propriamente relacionadas à mediação judicial e à mediação extrajudicial, entre particulares, objeto do Capítulo I. Passamos, a seguir, a comentar as significativas estipulações do Capítulo III, Disposições Finais. Quanto ao Capítulo II, que dispõe sobre a composição de conflitos em que for parte Pessoa Jurídica de Direito Público, deixamos de comentar, em virtude de não ser matéria objeto do atual estudo.

1.2 Capítulo III, Das Disposições Finais:

Consoante o art. 38, “Os órgãos e entidades da Administração Pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.” Aparentemente, a razão maior seria um apoio dessas câmaras às soluções consensuais de conflitos, por exemplo, entre fornecedores e consumidores, entre proprietários privados e movimentos sociais.

Art. 39. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º O advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígio, inclusive judiciais. § 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações. § 2º Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1º, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-

-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, de um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente. § 3º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput. § 4º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive nos casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários de seus respectivos advogados.”

“Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento. § 1º No caso das empresas públicas federais, a delegação fica restrita a órgão colegiado formalmente constituído, composto por pelo menos um dirigente estatutário. § 2º O acordo de que trata o caput poderá consistir no pagamento do débito em parcelas mensais e sucessivas, até o máximo de 60 (sessenta). § 3º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. § 4º Inadimplida qualquer parcela, após trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo”

Art. 40. O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar acrescido do seguinte dispositivo:

“Art. 14-A. No caso de determinação e exigência de créditos tributários da União cujo sujeito passivo seja órgão ou entidade de direito público da Administração Pública Federal, a submissão do litígio à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União é considerada reclamação, para os fins do disposto no art. 151, III, da Lei nº 5.171, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.”

Consoante o art. 41, “Aplica-se esta Lei, no que couber, a outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias, escolares, penais, trabalhistas, bem como àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais.”

Dispõe o art. 42 que “A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo”. “Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei”.

Segundo o art. 43, “Esta lei entra em vigor cento e oitenta dias após sua publicação”. Consoante o art. 44, “Revoga-se o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997”.

Eis o que dispõe § 2o (a ser revogado): “O acordo ou a transação celebrada diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive nos casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, implicará sempre a responsabilidade de cada uma das partes pelo pagamento dos honorários de seus respectivos advogados, mesmo que tenham sido objeto de condenação transitada em julgado”.

Comentário: O PL nº 7.169/2014 tem muitos méritos. Independentemente das regras sobre a mediação judicial no âmbito novo CPC, mostra-se indispensável a lei especial da mediação para regular os procedimentos na solução de controvérsias entre particulares e na composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

4. Considerações Finais

Para que a autonomia das vontades de cidadãos capazes seja acompanhada de uma legítima preocupação com a segurança jurídica, pensamos que a OAB deveria apoiar a sugestão que apresentamos a seguir:

Quanto à assistência de advogados, consta, consoante o art. 16 do PL 7.169/2014, a não-obrigatoriedade, tal como na arbitragem. Dispõe o art. 16 que as partes poderão ser assistidas por advogados. Caso apenas uma delas esteja assistida as outras poderão solicitar a nomeação de um defensor ad hoc. (Parágrafo Único).

Deve-se distinguir a circunstância da parte contar com advogado devidamente constituído da circunstância desse advogado comparecer às sessões de mediação para assistir ao seu cliente.

Em se tratando de mediação judicial, infere-se que as partes terão advogados ou defensores públicos constituídos, haja vista a exigência constitucional. O comparecimento à reunião de mediação será uma questão a ser administrada entre o advogado e o cliente. Em grande parte as reuniões tratam de outras questões, interesses e necessidades não jurídicos e, mesmo quando surjam questões jurídicas, o cliente não estará obrigado a tomar decisões sem consultar o seu advogado. Assim, não vemos o que aprimorar no tocante à mediação judicial.

Quanto à mediação extrajudicial deveria haver algum destaque. O PL 7.169/14 optou por assegurar a autonomia das partes, evitando regra específica a respeito da assistência de advogados. Entendemos que isto pode não ser suficiente, pois faltaria uma sinalização legal a respeito da importância do cidadão contar com o apoio de profissional do direito.

Foi nesse sentido que, após exaustivo diálogo, a Comissão constituída no âmbito do Ministério da Justiça, elaborou o seguinte texto, que constou como art. 23 do PLS 434/2013: “Art. 23 As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, salvo renúncia expressa por escrito daquelas”.

Entendemos que tal solução promove um justo equilíbrio entre autonomia da vontade e sinalização da esperada segurança jurídica. Mas a formalização dessa renúncia não cabe em todas as hipóteses de mediação. Entendemos que o dispositivo antes referido deverá incluir um parágrafo estabelecendo que tal formalização não será necessária nas mediações comunitárias, escolares e em mediações voluntárias e informais em quaisquer outros ambientes de convivência social. Com efeito, limitações nesses campos e circunstâncias não seriam aceitáveis no âmbito de sociedades democráticas, em que a cidadania é diretamente responsável pela solução pacífica das suas controvérsias.

Outra questão que, a nosso ver, a OAB deveria apoiar, diz respeito à experiência da obrigatoriedade de participação das partes em pelo menos uma primeira reunião de mediação judicial, em ambiente apropriado e sob a condução de mediadores capacitados, com tempo mínimo de, por exemplo, duas ou três horas de sessão.

Conforme apontamos ao longo deste artigo, a experiência internacional tem demonstrado que a parte recalcitrante, ao ter a oportunidade de perceber a boa-fé e a possibilidade de esclarecimentos e de reciprocidade respeitosa, tendo escutado a outra parte, geralmente passa a demonstrar o desejo de contribuir para a conversa em busca do entendimento.

Quando trocamos ideias a respeito deste assunto na Comissão de juristas e especialistas, constituída no Ministério da Justiça, para elaborar proposta de marco legal, construímos um consenso a respeito, que foi objeto do PLS 434/13, nesta parte não integrado ao Substitutivo aprovado pelo Senado no final de 2013.

O PLS 434/13, a matéria do procedimento da mediação judicial previa, “*verbis*”: “Art. 26. A petição inicial será distribuída simultaneamente ao juízo e ao mediador, interrompendo-se os prazos de prescrição e decadência. Parágrafo único: Competem aos Tribunais a organização e a disciplina de funcionamento do órgão que agregará os mediadores. Em sequência, “Art. 27. O mediador designará, no prazo máximo de trinta dias, a sessão de mediação, dando ciência às partes por qualquer meio de comunicação idôneo. § 1º. O procedimento de mediação deve ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem a sua prorrogação. § 2º. Transcorridos sessenta dias sem a obtenção de consenso, e não havendo pedido de prorrogação do prazo pelas partes, o mediador lavrará certidão, que será encaminhada, juntamente com a petição inicial, ao Juízo”.

Portanto, essa obrigatoriedade em nada afrontaria o direito assegurado no art. 5º, XXXV, da CF/88, haja vista o prévio acesso ao Poder Judiciário, em sua nova responsabilidade enquanto “Tribunal Multiportas”; aquele em que se faz a gestão dos conflitos priorizando a facilitação de soluções consensuais, consoante a natureza do conflito e as necessidades a serem atendidas.

Assim, consoante o nosso desiderato, apresentamos alguns fundamentos a propósito de dois aspectos relacionados à mediação de conflitos que, no nosso entender, poderiam ser selecionados pela advocacia como prioridades ao desenvolvimento das instituições democráticas do nosso país, notadamente no referente à efetividade do acesso à justiça, em consonância com o Código de Ética e Disciplina da OAB.

VERBA HONORÁRIA E A FAZENDA PÚBLICA

José Carlos Zanforlin

Advogado

Não vos mistureis com os togados, que contraíram a doença de achar sempre razão ao Estado, ao Governo, à Fazenda... Essa presunção de terem, de ordinário, razão contra o resto do mundo, nenhuma lei a reconhece à Fazenda, ao Governo, ou ao Estado.

Antes, se admissível fosse aí qualquer presunção, havia de ser em sentido contrário; pois essas entidades são as mais irresponsáveis, as que mais abundam em meios de corromper... consumando lesões de toda a ordem (por não serem os perpetradores de tais atentados os que os pagam), acumulam, continuamente, sobre o Tesouro público terríveis responsabilidades.¹ (Rui Barbosa)

1. Objetivo

1. Proposta legislativa do novo Código de Processo Civil altera a alíquota dos honorários de sucumbência quando vencida a fazenda pública. Comparando-se conteúdo desta proposta com a regra vigente, conclui-se que o legislador retira da “apreciação equitativa do juiz” a fixação dos honorários de sucumbência, e estabelece valor mínimo e máximo de alíquota, inferiores, todavia, aos que prevê para os demais sujeitos processuais.

2. Comparem-se os dois dispositivos. No Código em vigor, o art. 20, § 4º dispõe que “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior”. O projeto do novo Código propugna que “Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados entre o mínimo de cinco por cento e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros do § 2º.”² Ou seja, no Projeto em discussão, a Fazenda Pública pagará honorários que se fixarão entre o mínimo de 5% e o máximo de 10% do valor da condenação ou outra grandeza, referida no texto legal. Tais alíquotas são inferiores às sugeridas para os demais demandantes. Sendo assim, por que a Fazenda, quando condenada, paga honorários em menor percentual? Posta de outra forma a questão, qual a fundamentação dogmática desse privilégio?

3. Conhecem os advogados inúmeros recursos ao STJ para reforma de decisões de instâncias ordinárias, condenatórias da Fazenda, em prol de fixação de remuneração digna de sua atividade profissional. Sabem também de inúmeros recursos da Fazenda sucumbente, quando condenada acima de montante irrisório, para que se restaure a “indignidade”. A alteração legislativa em curso remedia o problema relativamente à remuneração do advogado, visto que o tratamento especial se mantém em diversas regras processuais, no Direito Administrativo, etc. Ainda assim, se aprovado o Projeto, a Fazenda sucumbente pagará verba honorária em percentual menor que os demais sujeitos processuais vencidos. Com uma agravante: no código em vigor o privilégio decorre de “apreciação equitativa do juiz”, e no código proposto a alíquota menor, atribuída à Fazenda, é cristalizada em lei.

1 in Oração aos Moços, Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury, 5ª edição, Edições Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro 1999, pág. 42.

2 Art. 73. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa.

§ 1º A verba honorária de que trata o caput será devida também no cumprimento de sentença, na execução embargada ou não e nos recursos interpostos, cumulativamente.

2. Honorários sucumbenciais e o princípios da igualdade

4. O princípio da igualdade, ou da isonomia, inscrito no preâmbulo da Constituição e em seu art. 5º, I e II 3, significa que dois ou mais sujeitos de direito devem submeter-se às consequências previstas num mesmo regramento legal em face de certas situações ou condutas semelhantes. Ainda que a isonomia, ou princípio da igualdade, decorra da própria razão, no plano jurídico a aplicação desse princípio à condenação em honorários não é ontológica, pois somente se podem referir uma a outra por decorrência do direito positivo. E o direito processual brasileiro, nesse particular, prescreve que “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios...” 4.

5. Numa palavra, a essa obrigação legal, posta no direito processual, de pagar o vencido honorários de sucumbência ao vencedor da demanda, devem sujeitar-se

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, conforme o caso, atendidos:

I – o grau de zelo do profissional;

II – o lugar de prestação do serviço;

III – a natureza e a importância da causa;

IV – o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados entre o mínimo de cinco por cento e o máximo de dez por cento sobre o valor da condenação, do proveito, do benefício ou da vantagem econômica obtidos, observados os parâmetros do § 2º.

§ 4º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito, o benefício ou a vantagem econômica, o juiz fixará o valor dos honorários advocatícios em atenção ao disposto no § 2º.

§ 5º ...

§ 6º

3 José Souto Maior Borges, in “Limites Constitucionais e Infraconstitucionais da Coisa Julgada Tributária (Contribuição Social sobre o Lucro)”, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, vol. 27, pág. 173, 1999, Revista dos Tribunais: “A isonomia, mais precisamente, a legalidade isônoma, é o protoprincípio, o mais originário e condicionante dos princípios constitucionais, porquanto dele dependem todos os demais para sua eficácia...”

4 CPC, art. 20 todos os elementos do conjunto dos vencidos numa demanda judicial.

Desse conjunto, por expressa previsão constitucional e legal, não fazem parte aqueles que comprovem insuficiência de recursos (Const., art. 5º, LXXIV, e Lei nº 1.060/50). Excluem-se, também, hipóteses constantes de outras normas jurídicas, como o art. 87 da Lei nº 8.078/90 (CDC), norma essa claramente interventiva na esfera de liberdade do cidadão.

6. Esse princípio pode ser descumprido por legislação infraconstitucional ou por jurisprudência. A legislação ordinária em vigor não isenta a Fazenda, vencida, de pagamento de honorários sucumbenciais ao vencedor, mas a jurisprudência, ao fixá-los fora do parâmetro legal, para mais ou para menos, certamente descumprirá a lei, e pode, sim, afrontar a prescrição constitucional. Dois são os padrões legais, postos no CPC, a que os juízes devem obedecer para fixar a verba honorária de sucumbência: (i) o padrão geral, consistente no mínimo de 10% e no máximo de 20% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º), e (ii) o padrão especial, aplicável “nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública...os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior” (art. 20, § 4º).

7. A questão, pois, é saber se decisão judicial, fundada no § 4º, do art. 20 do CPC, condenatória da Fazenda em honorários inferiores ao mínimo legal, expresso no, § 3º desse artigo, sustenta-se dogmaticamente e, por isso, é isônoma em relação aos vencidos que não a Fazenda.

3. Apreciação equitativa do juiz

8. A “apreciação equitativa do juiz” é requerida para fixação de honorários num conjunto de cinco hipóteses: nas causas (i) de pequeno valor; (ii) de valor inestimável; (iii) em que não houver condenação; (iv)

em que for vencida a Fazenda Pública; e (v) nas execuções, embargadas ou não.

9. Examinados esses elementos conclui-se que apenas um deles refere-se ao tipo de sujeito processual (Fazenda Pública), sendo todos os demais relativos ao tipo de causa. Ou seja, o legislador, conscientemente ou não, ao estabelecer certo conjunto de hipóteses por tipo de causa para fixação de verba honorária, nele inseriu elemento que destoa dos demais, pois que é individualizado pelo tipo de sujeito. Mesmo nas execuções, sua inserção nesse grupo se deve ao fato da relativa simplicidade de atuação profissional, visto ou haver sido já constituído o título em procedimento ordinário, ou tratar-se de título executivo extrajudicial. Ainda assim, execução não se refere a sujeito processual, como a Fazenda, mas a tipo de causa.

10. Essa circunstância claramente demonstra (i) atecnia legislativa – por querer dar homogeneidade conceitual impossível, pois Fazenda Pública não é redutível à mesma classe dos tipos de causa enumerados nesse § 4º, ou (ii) inconstitucional estabelecimento de privilégio processual precisamente ao “Estado ao Governo, à Fazenda... pois essas entidades são as mais irresponsáveis, as que mais abundam em meios de corromper... consumando lesões de toda a ordem (por não serem os perpetradores de tais atentados os que os pagam), acumulam, continuamente, sobre o Tesouro público terríveis responsabilidades.”⁵

11. Para todos os elementos do conjunto referido no § 4º, a apreciação equitativa deve moldar-se pelo que consta do § 3º, do art. 20 do CPC : (a) o grau de zelo do profissional; (b) o lugar da prestação do serviço; (c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Tratando-se de parâmetros qualificativos da “apreciação equitativa”, decisão judicial a esses deve referir-se, isto é, deve levá-los em consideração e neles fundamentar-se (princípio da razão suficiente), e mais ainda é devida a motivação por prescrição constitucional (Constituição, art. 93, IX)⁶.

12. E o que deve ser entendido por “apreciação equitativa”? Oriundo do latim AEQUATUS, participio passado de AEQUARE, equitativo significa tornar parelho, igualar, de AEQUUS, “igual, justo, parelho”⁷. Visto não haver definição ou conceituação legal do que seja “apreciação equitativa”, não há dúvida de que o primeiro passo para entender-se o significado da expressão é apreender o sentido do adjetivo “equitativo”, como no-lo fornece a etimologia.

13. Seguindo essa linha de raciocínio, caberia ao juiz, sendo vencida a Fazenda Pública em juízo, interpretar a regra processual em harmonia com o princípio da isonomia e corrigir a atecnia legislativa do § 4º, que reuniu num conjunto especial de condenação em honorários um elemento nele não inserível, a Fazenda. Responsabilidade equitativa por sucumbência poderia ser meio de inibir o “Estado, o Governo ou a Fazenda” de desrespeitar o direito dos cidadãos, sobretudo no campo da insaciável “apropriação tributária”.

14. É fato de geral sabinça que a fixação de honorários por “apreciação equitativa do juiz” quando condenada a Fazenda tem gerado críticas cada vez mais intensas de aviltamento da remuneração do advogado⁸. E isso por decisão nem sempre fundamentada, ou arbitrariamente fundamentada, em que é afastada a incidência da regra geral do § 3º para incidência sujeita a críticas do § 4º. Esse ponto será mais analisado no tópico seguinte.

4. Apreciação equitativa e o STJ

15. O STJ, como último tribunal de exame de legalidade infraconstitucional, já se manifestou de modo claro sobre a questão dos honorários de sucumbência devidos pela Fazenda. Ao fazê-lo, tinha por base o Direito Positivo em vigor sobre a matéria (CPC, art. 20, §§ 3º e 4º), inclusive a “paleozóica” fixação de verba honorária pelo art. 1º do Decreto-lei nº 1.025/69, que acresce a Certidão de Dívida Ativa em 20% a título de honorários advocatícios em favor da Fazenda. Diz-se desse encargo “verba honorária” por decorrência do disposto no art. 3º do Decret -lei nº 1.645/78⁹. A qualificar essa base dogmática, havia o princípio constitucional da igualdade.

⁵ Ver nota de pé-de-página 1

⁶ Veja-se oportuno artigo de Magno Federici Gomes e Bianca Boroni Soares, “A motivação nas decisões que arbitram os honorários advocatícios de sucumbência”, em C:\Users\x000027\Documents\A motivação nas decisões que arbitram os honorários advocatícios de sucumbência - Consumidor - Âmbito Jurídico_php.mht , onde se alinham fortes argumentos para correção da falta de motivação por meio de RE e REsp.

⁷ Confirmar em <http://origemdapalavra.com.br/arquivo-perguntas/2008/05/07>

⁸ A afirmação é facilmente confirmável por consulta a julgamentos do STJ; assim, por brevidade, poupa-se o leitor de leitura demonstrativa.

16. Isso quer dizer que, ao imprimir conteúdo jurisdicional à expressão “apreciação equitativa do juiz”, o STJ já possuía como elementos de análise (i) o princípio constitucional da legalidade isonômica, (ii) o CPC, art. 20, §§ 3º e 4º, e (iii) o art. 1º do DL 1.025/69. Desse modo, o STJ não desconhecía que a produção normativa existente no plano infraconstitucional apresentava insanável disparidade de tratamento, quanto aos honorários devidos e percebidos pela Fazenda. De fato, de um lado, a legislação a favorecia com verba honorária previamente fixada em 20% (DL 1.025/69), e de outro, delegava à “apreciação equitativa do juiz” fixá-la quando essa mesma Fazenda fosse vencida.

17. Adicionalmente, o STJ, contrariando acórdãos dos TRF da 1ª e da 3ª Região, já havia decidido que o Decreto-lei 1.025/69 fora recepcionado pela Constituição de 1988. Em outras palavras, foi esse Tribunal – o STJ – que deu ares de constitucionalidade àquele Decreto-lei, e que possibilitou o criticável privilégio de a Fazenda receber 20% de honorários quando vencedora e pagar menos de 10% quando vencida. E isso sob o mandamento constitucional da igualdade isonômica.¹⁰

18. Curioso é que o pronunciamento do STJ sobre essa “apreciação equitativa” consolidou a verba honorária em valor inferior ao mínimo de 10% da regra geral!¹¹ Desse modo, outra não pode ser a conclusão: o STJ considera procedimento equitativo a Fazenda receber verba honorária de 20%, e pagar, quando vencida, menos de 10%. E pelos argumentos sinteticamente expostos na nota de pé-de-página nº 11, não há explicação que convença ser essa a melhor exegese a que se possa chegar. Ainda mais que a fonte denotativa da expressão “apreciação equitativa”, oriunda da etimologia, relaciona-se com apreciação justa, parelha, igual ao que recebe a Fazenda vencedora (os 20% do Decreto-lei nº 1.025/69). Ora, “apreciação equitativa do juiz” não poderia significar senão considerar o disposto no DL 1.025/69 e estender sua aplicação à Fazenda, quando vencida.

19. De modo geral, a jurisprudência do STJ sobre a Fazenda sucumbente estabelece o raciocínio de que o disposto no § 4º a exclui de incidência do § 3º, exceto por estar o juiz obrigado a atender ao previsto nas alíneas “a”, “b” e “c” desse § 3º¹². A questão, pois, é ver se exegese do § 4º em prol da Fazenda é absolutamente imune a refutação; ou, de outro modo, testar se é possível condená-la em percentual de 20% sem descumprir o § 4º, e, com isso, imprimir tratamento agora sim isonômico entre as partes processuais, Fazenda e cidadão.

20. Viu-se, anteriormente, que o conjunto de hipóteses para fixação de verba honorária por “apreciação equitativa do juiz” contém um elemento – a Fazenda – de natureza diversa dos demais. Isto porque, como se disse, todos os outros consistem em tipos de causas, e este a tipo de sujeito processual. Já por aí se pode avaliar a dificuldade de tratamento similar entre todos os elementos, pois os critérios a serem levados em consideração (as alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º) também se aplicam aos honorários fixados segundo a regra geral do § 3º. Ou seja, o poder discricionário do juiz deve atuar entre o máximo de 20% e 10%, observado aqueles critérios, tanto para fixar a verba honorária geral do § 3º, como também nas hipóteses do § 4º, pois que a regra geral de o vencido pagar honorários ao vencedor deve ser obedecida; nesses casos é perfeitamente compreensível tenha o legislador permitido ao vencido, via poder discricionário judicial, pagar honorários em percentual inferior ao mínimo, pois os tipos enumerados consistem em demandas em que a tese jurídica prevalece sobre sua expressão econômica. Exceto nas execuções; porém, nessas, presume-se a simplicidade da causa.

21. Assim, mais ainda se ressalta a total incongruência da inclusão da Fazenda ou de qualquer outro sujeito processual nesse conjunto especial do § 4º, pois observação daqueles critérios pelo juiz seja em relação à Fazenda, seja em relação a qualquer outro tipo de sujeito, jamais pode fundamentar poder discricionário para fixar-lhe verba honorária fora da regra geral do § 3º (não fosse a existência do Decreto-lei nº 1025/69), a menos que se enverede pelo estabelecimento de condenável arbitrariedade.

9 Art 3º Na cobrança executiva da Dívida Ativa da União, a aplicação do encargo de que tratam o art. 21 da lei nº 4.439, de 27 de outubro de 1964, o art. 32 do Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, o art. 1º, inciso II, da Lei nº 5.421, de 25 de abril de 1968, o art. 1º do Decreto-lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, substitui a condenação do devedor em honorários de advogado e o respectivo produto será, sob esse título, recolhido integralmente ao Tesouro Nacional. (Vide Decreto-lei nº 1.893, de 1981), (Vide Decreto-lei nº 2.331, de 1987). Sem grifos.

10 Veja-se primoroso trabalho de “garimpagem” histórico-legislativa sobre o DL 1.025/69, de autoria de Geraldo Bemfica Teixeira, em que o Autor apresenta argumentação de teor constitucional e tributário dificilmente refutável contra a persistência no mundo jurídico desse absurdo legislativo da anti-isonomia, intitulado “A EXIGÊNCIA DO DECRETO-LEI Nº 1.025/69 E SUAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS”.

11 Vejam-se recentes acórdãos: (1) REsp 1353734/PE, Relator Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 05/09/2013, Data da Publicação/Fonte DJe 12/09/2013 - “Na condenação da Fazenda Pública, os honorários advocatícios podem ser fixados em patamar inferior ao percentual de 10%, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Matéria pacificada sob o rito dos recursos repetitivos.” (2) AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1253342/PE, AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0115708-9, Relator Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/06/2013 - “b) firmada sob o rito dos recursos repetitivos, este Sodalício inclusive sob a sede de recurso a jurisprudência deste Sodalício autoriza, quando vencida a Fazenda Pública, que os honorários sejam fixados a proporção menor do que 10% (dez por cento) do valor da condenação.”

22. O raciocínio ora exposto indica a imperiosa necessidade de que a decisão fixadora da verba honorária seja motivada, não apenas por prescrição constitucional e legal (Const. art. 93, IX, e CPC arts. 165 e 458), mas também, sobretudo, para que não seja descumprido o dever de tratamento isonômico. Somente assim poderá ser testada a não inclusão da Fazenda Pública, vencida, na alíquota geral de 10% e 20% de verba honorária (no caso específico de 20 % por apreciação “parelha, igual, justa” com o disposto no Decreto-lei nº 1.025/69), visto ser impossível extrair-se da simples leitura do § 4º o privilégio instituído para a Fazenda pela jurisprudência. Tanto isso é verdade que há julgamentos do STJ timidamente indicativos dessa linha de pensamento, ou seja, de não ser absoluto o direito de a Fazenda pagar verba honorária menor que os demais litigantes vencidos.

23. Conclui-se, então, ser possível ao Judiciário, por causa da anômala inclusão da Fazenda Pública no § 4º do art. 20 do CPC, produzir jurisprudência que a condene equitativamente ao que é fixado legalmente para o executado pela Fazenda, 20% de honorários (Decreto-lei nº 1.025/69). Ao Judiciário compete interpretar e aplicar a lei de modo que ela atinja o máximo de seu efeito, como arte do bom e do justo e de atribuir a cada um o que lhe é de direito. Entretanto, mesmo que o Decreto-lei 1.025/69 não existisse (ou viesse a ser revogado), a interpretação aplicativa atual não deveria prosperar, pois exegese corretiva deveria prevalecer para neutralizar a logicamente indevida inclusão da Fazenda naquele rol do § 4º. Consistiria essa neutralização em reduzir a atuação da Fazenda ao mesmo denominador comum desse § 4º, ou seja, ser a Fazenda Pública vencida em causas de pequeno valor, nas de valor inestimável e nas execuções, embargadas ou não. Nessas hipóteses, seria perfeitamente isonômica a apreciação equitativa do juiz em condenação da Fazenda. Sem o Decreto-lei, a Fazenda enquadrar-se-ia na regra geral de 10% e 20%.

5. A proposta do novo CPC sobre honorários

24. Foi dito no item 3 que se no código em vigor o privilégio da Fazenda decorre de “apreciação equitativa do juiz”, no código proposto sua condenação em alíquota menor é cristalizada em lei. O caráter altamente negativo dessa alteração consiste em decorrer de norma de caráter geral, emanada dos “representantes do povo”, a estatuir efetivo e injustificável privilégio legal para a Fazenda. Se antes o privilégio podia ser atribuído ao exercício criticável de poder discricionário de uma classe de funcionários públicos – os juízes –, quando o novo CPC passar a vigorar esse privilégio poderá, em teoria, ser imputado aos cidadãos, por seus “representantes”, que assim o desejaram. Certamente sem essa presumida representação, ao cidadão repugnaria o estabelecimento do privilégio.

25. O dispositivo em discussão no parlamento, a despeito da cristalização do privilégio, apresenta duas modificações fundamentais quanto à obrigação da Fazenda por honorários: (i) extingue o poder discricionário judicial de fixá-los simplesmente por se tratar de Fazenda Pública, e (ii) mantém-no apenas nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito, o benefício ou a vantagem econômica (§ 4º do art. 73). Ou seja, o que se disse no item 23, parte final, é objeto da modificação proposta: a Fazenda somente pagará honorários fixados por avaliação judicial quando, em igualdade de condições com outros sujeitos processuais, atuar naquele tipo de causas¹⁴.

12 Veja-se, dentre vários outros, trecho do voto proferido no REsp nº 1.353.734 - PE (2012/0240836-8), Relator Min. Castro Meira, publicado em 12/09/13: “Por fim, os recorrentes insurgem-se contra a verba honorária que fora arbitrada em 5% sobre o valor da condenação. Buscam a majoração desse percentual para, no mínimo, 10%, em vista do que dispõe o art. 20, § 3º, do CPC. Tratando-se de condenação da Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, não havendo ilegalidade na fixação dessa verba em percentual inferior a 10%.

Desse modo, salvo nos casos em que os honorários advocatícios são manifestamente irrisórios ou exorbitantes, é defeso modificar os critérios adotados pela Corte de origem na fixação desse quantum, consoante preleciona a já citada Súmula 7/STJ. Essa questão, inclusive, já foi decidida pelo STJ sob o rito dos recursos repetitivos.” (Sem grifos)

13 Argumentos do tipo tratar-se de Órgão do Estado, de constituir “interesse público” ou “função social” a atuação da Fazenda em juízo, absolutamente não são convincentes, visto que a Constituição não privilegia o Estado, o Governo ou a Fazenda em face do cidadão; pelo contrário, o princípio da isonomia a todos abrange e submete.

14 Vejam-se esses excertos: (1) “Quanto à pretendida revisão do valor fixado a título de honorários advocatícios, razão não assiste à Procuradoria da Fazenda Nacional, pois a remissão contida no § 4º do art. 20 do CPC, relativa aos parâmetros a serem considerados pelo magistrado para a fixação dos honorários nas hipóteses ali previstas, refere-se tão-somente às alíneas do § 3º do mesmo artigo, e não aos limites percentuais contidos nesse parágrafo. Logo, ao arbitrar a verba honorária nas hipóteses do § 4º, o órgão julgador pode utilizar-se de percentuais sobre o valor da causa ou da condenação, bem assim fixar os honorários em valor determinado.”, in AgRg no AgRg no AREsp 313234 / AL, 2º T, Min. Mauro Campbell Marques, e (2) “2. A fixação do valor dos honorários advocatícios com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, exige o sopesamento harmonioso de vários critérios, tais como o nível de complexidade da causa, o tempo gasto pelo causídico na demanda, a necessidade de deslocamento e o grau de zelo do profissional.”, in AgRg no AREsp 155733 / PR, 4º T, Min. Luis Felipe Salomão”.

14 Ver o dispositivo em questão na nota de pé-de-página nº 2.

26. O novo CPC, nesse particular, se aprovado, significará o fim de décadas em que a Fazenda veio sendo favorecida não por expressa disposição legal, mas por continuada atuação judicial em seu prol. A persistência de continuar em vigor o Decreto-lei nº 1.025/69, após a nova regulação de verba honorária da Fazenda sucumbente, mais ainda contrastará com a novel legislação, embora não haja específica incompatibilidade derogatória. O estudo feito por Geraldo Bemfica Teixeira, informado na nota de pé-de-página nº 10, contém argumentação convincente de sua inconstitucionalidade, que pode e deve ser utilizada para tentar expurgar do Direito Positivo vigente esse dispositivo legal.

27. O conteúdo da breve transcrição de trecho da “Oração aos Moços”, de Rui Barbosa, logo abaixo do título deste trabalho, demonstra-se atual, mesmo havendo sido elaborada em 1921 para ser lida aos formandos de 1920 da Faculdade de Direito de São Paulo. Naquela passagem ele se dirigia aos futuros magistrados. Presentemente, devemos nos dirigir aos que representam o cidadão para que não outorguem justamente às entidades “mais irresponsáveis, as que mais abundam em meios de corromper... consumando lesões de toda a ordem (por não serem os perpetradores de tais atentados os que os pagam)” o privilégio de serem condenadas em verba honorária menor, quando todos sabem que por causa delas, por lesarem direitos individuais, é que o Judiciário se assoberba de demandas.

Agradeço ao colega Adelay Bonolo revisão, crítica e oportunas discussões.

O ESTADO CRIMINOSO POR OMISSÃO

ROQUE DE BRITO ALVES

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.
Professor de Direito Penal Do Centro Universitário Maurício de Nassau (Recife) e da Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco. Advogado. Membro da Academia Pernambucana de Letras, do Instituto Arqueológico, Histórico e Geográfico Pernambucano e da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas

Sumário

1. A omissão na doutrina penal; 2. A conformidade com a teoria da imputação objetiva; 3. A omissão criminosa do estado; 4. Violação de princípios fundamentais da constituição; 5. Ofensa ao sistema democrático de governo; 6. O Estado-Paralelo do Crime Globalizado (Mais Que “Organizado”) pela omissão do estado; 7. A) Educação e saúde como vergonhas nacionais; B) Os textos constitucionais violados; 8. Violação da Lei Da Execução Penal. Condenados e presos provisórios com tratamento pior que o dos animais nos zoológicos brasileiros; 9. Outros deveres constitucionais não cumpridos pelo estado; 10. O não cumprimento do dever de defesa e preservação do meio ambiente pela omissão criminosa do estado.

1. A omissão na doutrina penal

Na argumentação doutrinária da nossa tese do Estado criminoso por omissão, argumentamos que sendo a omissão perante o nosso sistema penal – art. 13, § 2º, als. a), b) e c) do CP – de natureza normativa, jurídica e não naturalística, por omissão própria ou imprópria, é inegável a procedência da nossa tese, o que de há muito sustentamos em nossos trabalhos.

Sem dúvida, em síntese, a doutrina penal moderna ensina que no nexa causal a omissão não é física, naturalística, de inércia corporal ou objetiva e sim é normativa para a sua relevância penal, analisando-se a omissão própria e a omissão imprópria e, em nosso entendimento, nas duas espécies o Estado é criminoso por omissão, pois a sua conduta omissiva conduz a um resultado lesivo de bem jurídico (ou direito) social, comum ou de bem jurídico ou direito individual.

Assim, na omissão própria (crime omissivo próprio), o Estado é criminoso por não ter agido na forma determinada (dever) pelo texto constitucional (dever em relação à saúde, à educação, à segurança, etc.) ou pelo texto ordinário comum (assistência a preso ou internado, proteção do idoso, etc.). se não agiu na forma legal devida causou o resultado lesivo ao bem jurídico.

Por sua vez (ainda em nossa argumentação) na omissão imprópria (crime omissivo impróprio) também o Estado é criminoso por omissão pois não agiu quando deveria e teria podido agir para evitar o resultado, não o impediu por não ter agido, sendo, assim, causador do resultado lesivo, o qual juridicamente é imputado ao Estado omitente.

Portanto, reafirmamos a nossa tese do Estado Criminoso por Omissão, seja a própria ou a imprópria pois o fundamento da responsabilidade penal nos delitos omissivos é jurídica, normativa, oriunda da norma. O Estado não agiu como estava obrigado a agir, não realizou a conduta devida, exigida pela norma.

É inegável juridicamente que todas as vezes em que um “não fazer” traduzir ou implicar em um “não fazer um dever legal de agir”, de abstenção ou omissão geradora do resultado, o Estado será criminoso por omissão, omissão imprópria ou, então, quando o “não fazer” está fixado no tipo penal (omissão própria) e assim nas duas espécies sustentamos a omissão criminosa do Estado.

Acrescentemos que a omissão criminosa por constar da lei é típica, o “não fazer” consta do tipo penal,

ou não é típica porém é penalmente relevante por ter o agente (o Estado) o dever de agir e não agiu como nos textos constitucionais e de legislação comum que serão citados.

A jurisprudência nacional (inclusive a do STF) ao interpretar o § 2º do art. 13 tem decidido reiteradamente que é causalidade normativa e não um “non fare nulla”, um não fazer físico, corporal – “um não fazer nada” – a causalidade por omissão e sim jurídica, normativa. ou seja, não fazer o que deveria legalmente fazer, abster-se de executar, de realizar uma norma jurídica que implica em uma ordem, um comando para agir, para ter obrigatoriamente uma certa conduta. Assim, todas as vezes em que o Estado podia e devia agir e não o fez é criminoso por omissão, argumentamos.

Em síntese, sob tal compreensão, é válida a lição de Marinucci e Dolcini: “in definitiva, l’omissione penalmente rilevante consiste nel mancato compimento di un’azione che si ha l’obbligo giuridico di compiere” (Diritto Penale, Parte Generale, pág. 174, ed. 2008).

2. A conformidade com a teoria da imputação objetiva

Por outra parte, ainda nesta nossa argumentação da tese, sustentamos que a tese do Estado Criminoso por Omissão ajusta-se inclusive à teoria da imputação objetiva pois a omissão do Estado – por exemplo na omissão do seu dever constitucional em relação à saúde, à educação, etc., – pode criar uma situação de perigo, de risco de lesão ao bem jurídico tutelado e objeto do tal dever constitucional (a saúde, a educação etc.). tal omissão do Estado faz com que tal risco não possa ser juridicamente permitido, tolerado e tal perigo ou risco materializou-se, configurou-se no resultado lesivo à saúde, à educação, nos exemplos citados, um resultado normativo, jurídico não permitido. Ou seja: dano ou lesão ao bem jurídico protegido, tutelado (nos exemplos: saúde e educação).

3. A omissão criminosa do estado

Em verdade, podemos proclamar a omissão criminosa do Estado quando principalmente o mesmo não cumpre o que a vigente Constituição Federal de 05/10/1988 determina em relação à saúde, educação, meio ambiente, trabalho, moradia, lazer, à segurança, à previdência social, à proteção da maternidade e da infância, à assistência aos desamparados como “direito sociais” previstos no seu art. 6º, tudo passando a ser um “dever do Estado” pois o mesmo tem como finalidade, em uma democracia, a realização do bem comum.

Se o Estado não tem uma sadia e eficiente Política Social, não poderá naturalmente ter uma sadia e eficiente Política Criminal, a qual não poderá ser unicamente repressiva no sentido de aumentar o rigor das penas ou criar novos crimes, outros tipos penais por não ter atendido aos deveres ou direitos sociais que foram impostos pelos textos constitucionais que servem como prevenção do crime. Sendo o delito o resultado de certas causas sociais e individuais, o efeito de determinadas condições materiais e psico-sociais, somente a eliminação de tais fatores irá reduzir a delinquência (a sua extinção completa é humana, socialmente e politicamente impossível na sociedade) a um nível aceitável, razoável.

Portanto a omissão do Estado ao não cumprir com seus deveres fundamentais (saúde e educação, em primeiro lugar), em nosso entendimento, torna-o juridicamente criminoso por violar a Constituição como a Lei Maior da Nação e ao afrontar a sociedade pelo atentado aos seus direitos sociais mais elementares, ficando assim sem legitimidade para a repressão ou punição dos delitos, em uma violência estatal institucionalizada tão ilícita como a violência individual do criminoso.

4. Violação de princípios fundamentais da constituição

Por outra parte, a violação de tais direito sociais assegurados constitucionalmente, implica, por si mesma, também em uma violação de muitos dos direitos individuais previstos constitucionalmente no art. 5º, em diversos incisos, bem como muitos dos seus Princípios Fundamentais – art. 1º e 3º –, parti-

cularmente a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Por sua vez, o Estado, no mundo, torna-se assassino quando adotando a Pena de Talião quer matar quem matou ao adotar a pena de morte, em uma vingança homicida formalmente legalizada.

5. Ofensa ao sistema democrático de governo

O Estado ainda ofende o sistema democrático de governo, ao agir sobre os outros Poderes da República, tornando hipertrofiado o Poder Executivo, usurpando a competência do Poder Legislativo, impossibilitando-o de legislar ao editar sucessivamente medidas provisórias que se afastam da exigência constitucional de urgência e relevância da matéria, e ainda submete o Poder Judiciário a contínuas pressões, aumentando o acúmulo insuperável de trabalho pelo uso de recursos simplesmente protelatórios de decisões sobre matéria pacífica, decidida de há muito. Em terceiro lugar pelo não cumprimento de decisões judiciais, que não são realmente executadas ou retardadas sem razão legítima, como no caso de precatórios, em um verdadeiro “calote”.

6. O Estado-Paralelo do crime globalizado (Mais Que “Organizado”) pela omissão do estado

O que é mais grave quando o Estado é omissor ou ausente surge, como uma funesta conseqüência, o denominado Estado-Paralelo do poder do crime que substitui o Poder Estatal através do crime organizado, sobretudo nas áreas pobres, na periferia das grandes cidades onde o cidadão comum esquecido ou desprezado busca a “proteção” dos criminosos, pois a única presença do Estado, em tais lugares, é, às vezes, a polícia, inexistindo ou existindo precariamente qualquer obra estatal em termos sociais, sobretudo saúde, educação, de geração de emprego.

Em conseqüência, o Estado criminosamente omissor, ausente não dá oportunidade alguma ao cidadão a uma vida digna (sobretudo nas grandes cidades) e, simultaneamente, como um paradoxo absurdo, quer puni-lo por ter escolhido o caminho do crime pela falta absoluta de qualquer outra solução ou perspectiva que pudesse atender às necessidades de sua vida.

7. A) Educação e saúde como vergonhas nacionais;

B) Os textos constitucionais violados

Em síntese, sem a pretensão de esgotar a matéria, fundamentando mais a nossa tese do Estado criminoso por omissão, podemos citar os seguintes textos constitucionais que implicam em um dever para o Estado e que não é cumprido pelo mesmo como a realidade nacional diariamente está a comprovar com a sua clara violação. Conforme estatística mundial, o Brasil é um dos últimos países do mundo em nível educacional, atualmente com 13 milhões de analfabetos de acordo com as nossas estatísticas oficiais, em um plano inferior a muitas nações da África e da América do Sul, sem estrutura material necessária e com professores com salários até humilhantes, sem nenhum estímulo profissional, com milhares de crianças e adolescentes fora das escolas. A respeito da saúde (outro dever constitucional não cumprido pelo Estado) a situação é igualmente terrível, violadora até da dignidade humana, o que é quase que diariamente comprovado pelas reportagens dos jornais, das televisões e objeto de trabalhos em congressos, etc. Falta de assistência médica a tempo, doentes graves amontoados em macas ou cadeiras nos corredores dos hospitais públicos, gestantes dando a luz em condições precárias, falta de medicamentos, etc. Apesar da publicidade oficial enganosa a respeito, uma prova evidente da falta de cuidado, de proteção da saúde pelo poder público é a circunstância das autoridades dos três Poderes da República procurarem atendimento ou tratamento médico nos hospitais privados e não nos públicos como, exemplificando-se, ocorreu em passado recente com os Presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff e também a respeito da educação os filhos das

autoridades estudam em colégios particulares e não nas escolas públicas. Sem dúvida, a saúde e a educação continuam a ser vergonhas nacionais.

Eis os textos:

- a) Art. 196 da CF/1988: “A saúde é direito de todos e dever do Estado...”
- b) Art. 205 da CF/1988: “A educação direito de todos e dever do Estado”.
- c) Art. 144: “A segurança pública, dever do Estado...”
- d) Art. 215: “O Estado garantirá a todos pleno exercício dos direitos culturais...”; art.
- e) § 1º: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares...”
- f) Art. 217: “É dever do Estado fomentar práticas desportivas...”
- g) Art. 218: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico”...
- h) Art. 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”...
- i) Art. 227: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e aos jovens, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação”...
§ 1º: O Estado promoverá “programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e dos jovens”...
- j) Art. 230: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar pessoas idosas”... etc., etc.
- l) art. 225: A imposição ao Poder Público do dever de defender e preservar o meio ambiente.

8. Violação da lei da execução penal. Condenados e presos provisórios com tratamento pior que o dos animais nos zoológicos brasileiros;

Por sua vez, ainda na matéria, especificamente a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), em seu art. 10 dispõe imperativamente: “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado”, em termos de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, o que inegavelmente inexistente nas condições das nossas penitenciárias e presídios que atentam contra a dignidade humana, com os condenados ou os presos provisórios recebendo um tratamento muito pior que os animais dos zoológicos brasileiros.

9. Outros deveres constitucionais não cumpridos pelo estado

Entre outros deveres do Estado previstos na Constituição que não são cumpridos criminosamente podemos citar o do inciso XXXII do art. 5º (promover a defesa do consumidor), o Inciso LXXIV do art. 5º (“o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”), etc., etc. Também omissos na proteção que deve dar ao idoso, conforme o art. 9º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

Por outra parte, também o Estado não tem obedecido a um dos princípios fundamentais da vigente Constituição de 1988, isto é, a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, Inc. III, 2ª Parte da CF/88). A tal respeito, basta atentar-se para as verbas diferentes que são aplicadas para o norte e o nordeste do país e as que são dedicadas ao sul e ao sudeste que são as regiões que ainda têm o maior poder político e econômico. Qualquer estatística sob qualquer aspecto a ser exposta ou analisada demonstra evidentemente a grande desigualdade existente entre as regiões do país e também a desigualdade social pela ausência de uma sã e eficaz Política Social do Estado, o que uma simples análise, ou visita ou mesmo a própria existência das “favelas” ou periferia das grandes cidades, tornando, até hoje, uma verdadeira utopia o que está previsto na primeira parte do Inc. III do art. 3º da CF/88 “erradicar pobreza e a marginalização”. Nem teórica e nem praticamente tem tal objetivo sido colocado como um “objetivo fundamental” da nossa República pelo poder público, com ações efetivas ou decisivamente para eliminação.

10. O não cumprimento do dever de defesa e preservação do meio ambiente pela omissão criminosa do estado.

Afinal, na sua omissão criminosa, na sua negligência injustificável, na lamentável desobediência da CF/88, destaca-se, ainda, a violação do seu Capítulo VI do seu título VIII (“da ordem social”) ao não defender e não preservar eficazmente o meio ambiente, sendo muito clara a falha do Poder Público em tal sentido, apesar da existência do Ministério do meio ambiente. Podemos exemplificar a tal respeito o desmatamento contínuo da Amazônia – já em cerca de 8% de sua área – por grandes empresas, geralmente impunes, a destruição da Mata Atlântica com a sua área atualmente reduzida a 5% da original e as ameaças já existentes – conforme a mídia – ao pantanal matogrossense, a inegável poluição do ar, da água, etc., etc. O Estado não tem obedecido ao que dispõe o § 4º do art. 225 da CF/88 que determinou a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Matogrossense e a Zona Costeira como “Patrimônio Nacional”, não tendo evitado os atentados criminosos contra a natureza. Igualmente tem sido ineficaz, em tal sentido, pela omissão criminosa do Estado à aplicação da Lei 9.605/1998 (a Lei dos Crimes Ambientais), a Lei 11.428/2006 sobre o bioma Mata Atlântica, a Lei 11.952/2009 sobre a Amazônia Legal, etc., etc.

Portanto, a omissão criminosa do Estado viola o bem-estar, a sadia qualidade de vida do povo brasileiro como uma exigência constitucional, como um dever estatal não cumprido.

A POLÍTICA FISCAL E A UTILIZAÇÃO DAS RECEITAS DO PETRÓLEO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS

Luiz Henrique Diniz Araújo

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Procurador Federal desde agosto/2002.

Resumo

O presente trabalho visa a analisar, sob a ótica da análise econômica do Direito, como se dá a exploração do petróleo no Brasil e como os recursos advindos dessa exploração podem servir à efetivação dos direitos sociais fixados na Constituição.

Palavras-chave: Petróleo. Exploração. Direitos sociais. Fundo do petróleo.

1. Introdução

Em um contexto mundial, os estados têm soberania sobre os seus recursos naturais, com base jurídica para exploração de hidrocarbonetos estabelecida pela Constituição.

A lei de hidrocarbonetos, formulada pelo parlamento, estabelece princípios de direito, enquanto os regulamentos fixam regras que não contrariam esses princípios ou que podem necessitar de ajustes periódicos.

Sistemas mal concebidos sob o aspecto regulatório e fiscal podem levar à ineficiência ou perdas econômicas. Além disso, o mau uso dos recursos provenientes da exploração dos recursos naturais leva ao empobrecimento do país, sem qualquer benefício à população.

Por essa razão, tratar-se-á, inicialmente, das molduras jurídicas e fiscais mais comuns para a exploração de petróleo para, apenas depois, discutir os sistemas de formas de divisão dos recursos. Passar-se-á pelo conceito de maldição dos recursos naturais para, por fim, chegar-se ao tema dos fundos constituídos com os recursos provenientes da exploração do petróleo.

No último capítulo, analisar-se-á o Fundo Social (FS) criado pela Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que destinará parte dos seus recursos à efetivação dos direitos sociais constitucionais.

2. Regimes legais para a exploração de petróleo

Diversos regimes legais existem para regular os direitos e obrigações de governos e investidores, normalmente classificados em duas grandes categorias (TORDO, 2010):

- concessões (também chamados de sistemas de royalty);
- contratos: de divisão de produção; de trabalho.

Existem também os sistemas híbridos, decorrentes da junção de elementos das diferentes categorias. As concessões têm as seguintes características gerais:

- outorga uma licença exclusiva a um investidor;
- tradicionalmente, para uma vasta área e por um longo tempo; outorgava ao investidor um amplo controle sobre a maneira e cronograma de exploração, cabendo ao estado praticamente apenas o recebimento de um pagamento baseado na produção;
- atualmente, as áreas são menores e os prazos, mais curtos; há causas de encampação, bem como obrigações expressas sobre o programa de trabalho.
- o estado tem ampla liberdade para modificar as condições não negociadas, mas fixadas pela legislação;
- a companhia assume todos os riscos e custos da exploração;
- normalmente, um bônus de licenciamento é pago ao estado;
- a compensação ao estado pelo uso do recurso normalmente é financiada por tributos ou royalties;
- quase a metade dos países do mundo adotam este modelo;
- a propriedade do petróleo é do estado, até o momento em que chega ao meio externo;
- a propriedade dos equipamentos normalmente passa ao estado ao fim da concessão.

O contratos de divisão da produção, por sua vez, apresentam as seguintes características gerais:

- normalmente, um regime contratual envolve mais de uma companhia, de um lado, e o estado, do outro;
- como na concessão, é outorgado o direito de exploração por um prazo e área delimitados;
- o particular assume todos os riscos e custos da produção e recebe uma parte do petróleo produzido;
- a produção é dividida entre as partes de acordo com as regras legais e contratuais;
- alterações nos preços do óleo e gás podem alterar o percentual do produto recebido pela companhia;
- propriedade da maquinaria fixada ao solo de forma permanente e/ou destinada à exploração geralmente passa ao estado, normalmente mediante pagamento;

Por fim, estas são as características dos contratos de serviço:

- o estado contrata o particular para os serviços de exploração em uma área específica por um período de tempo específico;
- o particular é remunerado por uma tarifa fixa ou variável;
- a propriedade do petróleo, in situ ou produzido, é sempre do estado;
- o particular não tem qualquer direito à propriedade do petróleo.

3. A outorga dos direitos de exploração do petróleo

Os direitos de exploração são normalmente outorgados pelos seguintes sistemas (TORDO, 2010).

- sistema de portas abertas;
- rodadas de licenciamento: administrativa e licitação.

O sistema de portas abertas tem os seguintes traços característicos:

- também chamado de procedimentos negociados;
- o governo pode ou não convidar investidores para submeter as ofertas em um prazo determinado;
- o governo pode solicitar a participação de outros investidores e começar paralelamente outras negociações;
- os critérios para contratação não são muitas vezes pré-definidos e conhecidos pelos agentes do mercado;
- o estado detém um poder discricionário considerável na escolha do contratante.

As rodadas de licenciamento, por sua vez, podem ser de duas formas:

a) procedimentos administrativos:

- a contratação é outorgada por processo administrativo segundo os critérios definidos pela administração;
- modelo utilizado no Reino Unido.

b) licitação ou hasta pública:

- o contrato é outorgado a quem oferece o maior lance;
- os parâmetros do lance podem ser único ou múltiplo, como, p. ex., bônus de pagamento e/ou royalties, e/ou várias formas de divisão de lucros.

Há quatro formas básicas de hasta pública:

- lance ascendente (hasta inglesa) – o preço é aumentado até que apenas resta um participante;
- lance descendente (hasta holandesa) – oposto ao anterior, o preço baixa até que um participante aceita;
- lance do primeiro preço selado – participantes submetem lances selados e o mais alto vence;
- lance do segundo preço selado – os participantes submetem os lances selados e o maior vence, mas paga o preço ofertado pelo segundo maior.

Para a exploração do petróleo, na qual há incerteza quanto à quantidade a ser explorada, quanto ao custo de produção ou mesmo se haverá petróleo, os participantes dimensionam seus lances de acordo com uma mera expectativa de ganho, o que pode gerar perdas excessivas para o estado ou para a empresa. Por essa razão, o sistema de hasta pode não ser o melhor. Além disso, um certo grau de discricionariedade permite ao governo influenciar o comportamento dos investidores. Por outro lado, o sistema de hasta é mais transparente do que as demais formas (TORDO, 2010).

Na hasta pública, normalmente se adotam os seguintes critérios de escolha do concorrente vencedor:

a) bônus de assinatura:

- é interessante para o estado porque lhe garante uma receita imediata, independentemente de se encontrarem ou não hidrocarbonetos;
- por outro lado, há incerteza quanto aos lucros da exploração, o que poderá gerar perdas futuras;
- normalmente, são utilizados quando há uma alta probabilidade de sucesso e/ou informação disponível suficiente.

b) programas de trabalho: as companhias vencem pelo compromisso em explorar a atividade durante o período;

c) royalties:

- o investidor que oferece o royalty mais alto recebe os direitos de exploração em uma área específica;
- sob o ponto de vista do investidor, os royalties são menos arriscados do que os bônus de assinatura e os programas de trabalho, porque só são pagos se há produção;

d) divisão de lucros:

- o investidor que oferece a maior parte dos possíveis lucros futuros recebe os direitos de exploração;
- assim como os royalties, é uma forma de pagamento condicional;

e) lance geral (bundle bids):

- adequado para lugares com carência de infra-estrutura;
- os parâmetros de lance podem incluir a reconstrução de refinarias, ou outros investimentos que dependam das necessidades do governo.

4. Regime fiscais para a exploração de petróleo

Os regimes fiscais para a exploração do petróleo normalmente buscam os seguintes objetivos:

a) objetivos para o governo:

- sustentar a estabilidade macroeconômica, provendo receitas tributárias previsíveis e estáveis;
- obter uma grande parte da receita durante períodos de altos lucros;

b) objetivos para o investidor:

- permitir repatriar lucros para os acionistas em seus países de residência;
- ser transparente, previsível, estável e baseada em reconhecidos padrões industriais.

Normalmente, os governos adotam os seguintes instrumentos e métodos de tributação:

- tributos aplicáveis aos demais setores e tributos aplicáveis especificamente à indústria do petróleo;
- além dos tributos, outras formas de captação de recursos são comuns, como tarifas de superfície, bônus e divisão da produção.

5. O regime tributário da exploração e produção de petróleo e gás, e o histórico de distribuição da arrecadação no Brasil

A Lei n.º 2004, de 3 de outubro de 1953, dispôs sobre a política nacional do petróleo, autorizando a União a constituir a Petróleo Brasileiro S.A., dispondo em seu art. 27, § 4.º, que “os Estados, Territórios e Municípios deverão aplicar os recursos fixados neste artigo, preferencialmente, na produção de energia elétrica e na pavimentação de rodovias”.

A Lei n.º 7.453, de 27 de dezembro de 1985, modificou a redação do art. 27 e seus parágrafos da Lei n.º 2004/53, dispondo que os entes beneficiários devem aplicar os recursos “preferentemente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e saneamento”.

O mencionado artigo 27 da Lei n.º 2004/53 foi mais uma vez alterado, dessa vez pela Lei n.º 7.525/86, passando a dispor que os recursos devem ser aplicados “exclusivamente, em energia, pavimentação de rodovias, abastecimento e tratamento de água, irrigação, proteção ao meio ambiente e em saneamento básico”.

A Lei n.º 7.990, de 28 de dezembro de 1989, manteve a disposição anterior e acrescentou, em seu art. 8.º, que as compensações financeiras pagas aos Estados, Distrito Federal, Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União não poderiam ser aplicadas em pagamentos de dívidas ou no quadro permanente de pessoal.

A lei 9.784/97, conhecida como a Lei do Petróleo, instituiu as seguintes participações governamentais:

royalties, participação especial, bônus de assinatura, e pagamento pela ocupação ou retenção de área (IEDI, 2011).

- Royalties – compensação financeira devida ao Estado pelas empresas concessionárias – 10% da receita bruta do campo, podendo ser reduzida a 5%, dependendo dos riscos geológicos, expectativas de produção e outros fatores pertinentes, definidos em cada contrato de concessão;
 - a arrecadação dos royalties totalizou R\$ 39,4 bilhões entre 1998 (ano seguinte à promulgação da Lei) e 2007;
 - os royalties vêm sendo a receita mais importante. A arrecadação pelos Estados e Municípios praticamente triplicou entre 2000 e 2007. Nesse ano, a União recebeu 27,7%, o Estado e Municípios do RJ, 20,9 e 23,2%, respectivamente, seguidos de Espírito Santo (1,9 e 2,0%) e Rio Grande do Norte (2,1 e 1,7%);
 - a participação especial é uma compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, conforme os critérios do Decreto 2705/1998. De 2000-07, a arrecadação totalizou R\$ 38,5 bilhões (IEDI, 2011);
 - o bônus de assinatura é o montante ofertado pela empresa vencedora da licitação, não podendo ser inferior ao mínimo fixado pela ANP. De 1999 a 2007, totalizou R\$ 5,4 bilhões (IEDI, 2011);
 - o pagamento pela ocupação ou retenção de área é pago pelo concessionário na fase de exploração ou de produção, em razão dos direitos que lhe foram outorgados no contrato de concessão. Totalizou R\$ 1,1 bilhão entre 1998 e 2007 (IEDI, 2011);
 - o pagamento aos proprietários da terra não faz parte das chamadas participações governamentais e se aplica apenas aos campos localizados em terra;

A Lei n.º 9.478/97 (Lei do Petróleo) não impôs qualquer restrição quanto à aplicação dos recursos decorrentes de royalties. No entanto, foram mantidas as restrições impostas pelo supra referido art. 8.º da Lei n.º 7.990/89 para a parcela dos royalties correspondentes a 5%. Os que superem os 5% e a participação especial não são alvo de qualquer vinculação, cabendo aos gestores uma maior discricionariedade.

Com relação à capitalização dos fundos, o assunto está disciplinado pela Lei n.º 10.195, de 14 de fevereiro de 2001, que alterou o art. 8.º da Lei n.º 7.990/89. Foi acrescentado, àquele artigo o parágrafo 2.º, dispondo que “os recursos originários das compensações financeiras a que se refere este artigo poderão ser utilizados também para capitalização dos fundos de previdência.

Por sua vez, o art. 16 da MP n.º 2.103-37, de 26 de janeiro de 2001, autorizou a União a adquirir dos Estados créditos relativos aos royalties e participações especiais. Em troca, a União deve utilizar em pagamento Certificados Financeiros do Tesouro (CFT), obrigatoriamente empregados pelos entes federados no pagamento de dívidas para com a União e seus entes, ou na capitalização dos fundos de previdência, a critério do Ministro da Fazenda.

Em 22 de dezembro de 2010, foi sancionada a Lei n.º 12.351, que “dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social – FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei n.º 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências”:

Essa lei dispõe, em seu artigo 3.º, que a “exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos na área do pré-sal e em áreas estratégicas serão contratadas pela União sob o regime de partilha de produção”.

A partilha de produção, por sua vez, segundo o art. 2.º, I, é o regime de exploração em que o contratado atua por sua conta e risco; em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos e de parcela do excedente em óleo, nos termos contratuais.

O excedente em óleo, nos termos do art. 2.º, III, é a parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, nos termos do contrato.

Dessa forma, no modelo da exploração do pré-sal, caberá à União uma parcela da produção, além das seguintes receitas, nos termos do art. 42 da Lei:

- I – royalties – compensação financeira pela exploração;
- II - bônus de assinatura – valor fixo devido à União pelo contrato, devendo ser pago no ato da assi-

natura.

No último capítulo deste trabalho, analisar-se-á a projeção de arrecadação com a exploração do óleo contido na camada pré-sal, bem como se estudará a destinação de parte desses recursos.

6. A maldição dos recursos naturais

Alguns países realmente souberam aproveitar as receitas derivadas da exploração do petróleo, gerando receitas que incrementaram o bem estar da população e que melhoraram sobremaneira os índices econômicos.

Hoje há um consenso na literatura de que a Noruega conseguiu recuperar a defasagem econômica (hoje renda per capita igual à dos E.U.A.) graças à descoberta do petróleo. O real aumento da renda per capita norueguesa relativamente à média da OCDE se mostrou muito ligada ao petróleo. Nos anos 80, tendo achado petróleo, a Noruega ultrapassou a economia dos seus vizinhos, como a Dinamarca e a Suécia (OCDE, 2011).

Por outro lado, muitos países ricos em recursos naturais usam dispersam as receitas daí provenientes, não raro as utilizando para enriquecer uma minoria.

Dessa forma, nem todos os países ricos em recursos naturais apresentam os mesmos desempenhos. Há mais ou menos trinta anos, a Indonésia e a Nigéria tinham rendas per capita comparáveis e ambas eram fortemente dependentes de receitas derivadas do petróleo. Hoje, a renda per capita da Indonésia é quatro vezes a da Nigéria. A renda per capita da Nigéria caiu de US\$ 302,75 em 1973 para US\$ 254,26 em 2002 (OPEN SOCIETY INSTITUTE, 2011).

Ocorre com certa frequência um fenômeno que os economistas denominam “maldição dos recursos naturais”: países ricos em recursos naturais são marcados por grandes desigualdades; países ricos com povos pobres. Por exemplo, dois terços da população Venezuelana, membro da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), vivem na pobreza e os resultados da exploração do petróleo vão para uma minoria (OPEN SOCIETY INSTITUTE, 2011).

A extração de recursos naturais diminui as riquezas de um país, salvo se os resultados forem reinvestidos sob outras formas. A simples extração deixa o país mais pobre porque esses recursos naturais como petróleo, gás ou minerais não são renováveis.

Os bancos internacionais frequentemente contribuem para a tendência de os países exportadores de petróleo gastarem mais do que podem. Quando os preços de petróleo estão altos, os bancos se dispõem a emprestar dinheiro, o que aumenta os gastos desses países. Quando os preços caem, os países precisam de dinheiro, mas é exatamente aí que os credores querem seu dinheiro de volta.

É por isso que o fluxo de capitais, especialmente de capitais de curto-prazo, tendem a ser pró-cíclicos (OPEN SOCIETY INSTITUTE, 2011).

Se o dinheiro fosse gasto pelos governos em investimentos de alta taxa de retorno, trazendo rendimentos maiores do que os juros que terão que ser pagos, não haveria problema. Mas, não é o que normalmente ocorre. O retorno líquido do investimento é normalmente pequeno. E quando os recursos tomados emprestado são usados para financiar gastos domésticos, esses gastos contribuem para uma sobrevalorização da taxa de câmbio, dificultando as exportações, causando inclusive desindustrialização, em um fenômeno conhecido como “doença holandesa” (OPEN SOCIETY INSTITUTE, 2011).

Além de tudo isso, os preços internacionais das commodities estão sujeitos a enorme volatilidade, motivando a criação de fundos de estabilização (“rainy day funds”) que permitem suavizar os efeitos dessa volatilidade.

Países ricos em recursos naturais têm a responsabilidade primária de assegurar que seus governos recebam o máximo que eles possam pelos seus recursos naturais e devem usar seus fundos para melhorar o bem estar da população no longo prazo.

Países exportadores de petróleo são mais suscetíveis ao “paradoxo da fartura”, ou “problema do Rei Midas”. Por essa razão, o petróleo já foi chamado de “excremento do diabo”.

Quando comparados a países dependentes da exportação de produtos agrícolas, os países exportadores de petróleo e de minerais sofrem de alta pobreza, assistência médica precária, grande desnutrição,

altas taxas de mortalidade infantil, baixa expectativa de vida, e baixo rendimento escolar (OPEN SOCIETY INSTITUTE, 2011).

Devido à alta volatilidade do mercado de petróleo, os países exportadores de petróleo são frequentemente vítimas de súbitos declínios em suas rendas “per capita” e de colapsos de crescimento de grandes proporções. As estatísticas são chocantes: na Arábia Saudita, cujas reservas de óleo comprovadas são as maiores do mundo, a renda “per capita” caiu de US\$ 28,600 em 1981 para US\$ 6,800 em 2001. Na Nigéria e na Venezuela, a renda per capita real caiu para os níveis dos anos 1960, enquanto muitos outros países – Argélia, Angola, Congo, Equador, Gabão, Iran, Iraque, Kuwait, Líbia, Qatar e Trinidad Tobago – estão de volta aos níveis dos anos 1970 e início de 1980 (OPEN SOCIETY INSTITUTE, 2011).

Na sua forma mais aguda, a maldição dos recursos naturais se refere à relação inversa entre uma alta dependência de recurso natural e taxas de crescimento econômico.

Um estudo dos membros da OPEP de 1965 a 1998 mostrou que a sua renda per capita decresceu em uma média de 1,3% por ano, enquanto países em desenvolvimento não exportadores de petróleo em conjunto cresceram em média 2,2% no mesmo período (OPEN SOCIETY INSTITUTE, 2011).

No contexto brasileiro, conforme PACHECO (2007), e economia do Estado do Rio de Janeiro se destacou pelo crescimento no ano de 2005, após dois anos de crescimento inferior à média nacional. Estimativas do CIDE (CENTRO DE INFORMAÇÕES E DADOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO) indicaram crescimento de 5,06% do Produto Interno Bruto (PIB) fluminense do ano de 2004 para o ano de 2005.

Os números alvissareiros se devem em parte à indústria extrativa mineral, que entre 1998 e 2003 passou de menos de 5% para mais de 25% na participação na economia do Estado do Rio de Janeiro (PACHECO, 2007).

No ano de 2006, o crescimento continuou, tendo sido arrecadados pelo Estado do Rio de Janeiro R\$ 1,65 bilhão em royalties e R\$ 3,45 bilhões em participações especiais. Dessa forma, o Estado arrecadou 69,2% do total dos royalties e 97,7% do total de participações especiais arrecadados pelas unidades federativas.

A importância do crescimento das participações governamentais na receita do Estado do Rio de Janeiro pode ser bem dimensionada quando se mostra que representava 1,6% do total em 1999, tendo passado para 12,5% em 2005.

Segundo PACHECO, do montante líquido de R\$ 3,8 bilhões das receitas do Estado do Rio de Janeiro provenientes da extração do petróleo e gás natural (royalties e participações especiais), R\$ 3,7 bilhões foram empenhados. Desse montante, 52,7% foram gastos com o pagamento da dívida do Estado com a União e 34,4% com o pagamento de juros. Os gastos na rubrica “Obras e Instalações” ficaram em 4,4%, em sua maioria repasse legal para o Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano (FECAM).

Os números indicam que o uso do recurso não é feito de forma a trazer benefícios às contas públicas e aos cidadãos residentes no Estado do Rio de Janeiro.

Agregue-se a essas informações o comprometimento de recursos de royalties e participações especiais para cobrir crescentes déficits orçamentários no instituto de previdência estadual, o RIOPREVIDÊNCIA, a partir de 17 de janeiro de 2007, como, por exemplo, 100% do valor das parcelas dessas receitas que ficam livres para o estado do Rio de Janeiro após a liquidação dos compromissos por ele assumidos com a União, no contrato de Cessão de Créditos.

Assim é que o Estado do Rio de Janeiro pôde direcionar recursos provenientes dessas fontes para cobrir um passivo descoberto de R\$ 3,8 bilhões no RIOPREVIDÊNCIA (PACHECO, 2007). Fato é que é um problema a utilização de royalties e participações especiais no pagamento de despesas com inativos e pensionistas, sem que contribuam para a constituição de reservas, tampouco para uma promoção da diversificação da base econômica.

Da mesma forma, alguns Municípios brasileiros recebem afluxos crescentes de receitas decorrentes da exploração do petróleo. Um grande problema relacionado a isso é o mesmo constatado em relação ao Estado do Rio de Janeiro: apesar do crescente volume de recursos, esses não têm sido capazes de promover um desenvolvimento continuado, ainda mais considerando-se o futuro esgotamento das jazidas minerais ou mesmo a mudança da matriz energética.

Vê-se, nada obstante o incremento dos repasses, que não há melhora das condições de saúde, educação, saneamento etc., bem como se verifica um elevado grau de dependência de alguns entes em relação às

receitas de royalties e participações especiais.

A tabela a seguir mostra a substancial parcela que as Participações Governamentais representam nas receitas dos nove principais municípios beneficiários no Estado do Rio de Janeiro.

TABELA A – PORCENTAGEM DAS PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS NAS RECEITAS TOTAIS (RECEITAS CORRENTES + RECEITAS DE CAPITAL) DOS MUNICÍPIOS NA ZONA DE PRODUÇÃO PRINCIPAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (1998-2005). FONTE: PACHECO, 2007.

MUNICÍPIOS	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)
A R M A Ç A O DOS BÚZIOS	5,84	30,43	38,22	37,59	48,95	49,67	47,31	51,53
CABO FRIO	3,53	20,97	29,32	28,74	34,49	42,18	43,41	50,60
CAMPOS DOS GOYTACAZES	5,63	31,39	55,36	54,91	58,45	67,29	69,80	71,38
CARAPEBUS	8,35	44,39	54,06	52,32	53,68	58,34	56,14	60,69
CASIMIRO DE ABREU	5,53	26,44	37,13	36,07	44,15	48,18	45,68	59,16
MACAE	5,66	37,68	52,61	50,68	53,71	51,48	54,65	56,07
QUISSAMA	11,31	47,12	58,77	50,88	51,11	52,59	55,62	62,83
RIO DAS OSTRAS	9,32	48,87	71,51	68,21	64,92	63,59	66,65	72,29
SÃO JOÃO DA BARRA	1,16	29,16	44,00	43,10	21,03	54,94	59,25	64,36

TABELA B – COMPOSIÇÃO DAS RECEITAS CORRENTES MUNICIPAIS DOS MUNICÍPIOS DA ZONA DE PRODUÇÃO PRINCIPAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FONTE: PACHECO, 2007.

MUNICÍPIOS	TRANSF. D O ESTADO	R E C E I T A TRIBUTÁRIA	R E C E I T A PATRIMONIAL	O U T R A S RECEITAS	TRANSF. D A UNIÃO	RECEITA DE CONTRIBUIÇÃO E SERVIÇOS	ROYALTIES
	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	
A R M A Ç A O DOS BÚZIOS	16,30	14,80	1,90	4,50	9,90	1,10	51,60
CABO FRIO	22,90	9,80	1,90	2,90	9,40	2,30	50,70
CAMPOS DOS GOYTACAZES	15,20	3,40	2,50	7,70	3,60	0,00	71,60
CARAPEBUS	27,00	1,90	0,70	0,50	8,20	0,90	60,80
CASIMIRO DE ABREU	26,40	2,60	0,70	0,70	8,80	0,60	60,20
MACAE	18,80	16,10	0,90	1,60	5,70	0,30	56,60
QUISSAMA	25,60	2,20	1,40	1,70	6,30	0,00	62,80
RIO DAS OSTRAS	7,70	4,30	8,70	1,40	4,00	0,30	73,60
SÃO JOÃO DA BARRA	22,40	2,20	0,50	1,00	10,00	0,20	63,60

Além dos problemas citados, os municípios têm se valido de uma guerra fiscal para atrair investimentos ligados ao setor petrolífero. Essa guerra tem enfraquecido as receitas municipais, além de contribuir para um grande afluxo populacional, sem os desejáveis incrementos na infra-estrutura urbana (PACHECO, 2007).

Nos EUA grade parte da arrecadação de royalties do Governo Federal está afeta à ampliação e conservação do patrimônio ambiental e histórico, bem como investimentos ligados aos recursos hídricos.

Cite-se, outrossim, a experiência do Governo de Chade, que firmou com o Banco Mundial um plano para gerenciamento das rendas petrolíferas concernentes ao projeto de Oleoduto Chade-Camarões. Dessa forma, surgiu o Revenue Management Plan – RMP (Plano de Gerenciamento de Recursos). Segundo o RMP, 80% dos recursos devem ser gastos em saúde pública, serviços sociais, educação, infra-estrutura, desenvolvimento rural e meio ambiente. 5% são destinados às regiões produtoras, 10% vão para um fundo para gerações futuras e os 5% restantes ficam a cargo do Governo (PACHECO, 2007).

Na Colômbia, a legislação determina que grande parte dos recursos seja alocada em projetos prioritários do Plano Geral de Desenvolvimento do Departamento (Plan General de Desarrollo del Departamento),

ou nos Planos de Desenvolvimento Municipais.

Dessa forma, esses modelos priorizam a utilização das rendas petrolíferas em investimentos, em vez de em gastos correntes.

Além desses, outros problemas ocorrem com relativa frequência, como a exauribilidade dos hidrocarbonetos, bem assim irregularidade e imprevisibilidade da arrecadação.

Cabe, neste ponto, uma menção especial à chamada doença holandesa.

Com essa expressão se designa um fenômeno em que o setor petrolífero leva à apreciação da taxa de câmbio da moeda local, deixando outros produtos menos competitivos. Como efeito, os governos locais terminam por adotar fortes políticas protecionistas em ordem a sustentar atividades econômicas crescentemente não competitivas. Ao longo do tempo, ocorre uma permanente perda de competitividade.

Para mitigar os problemas aqui tratados, alguns Estados se têm valido de fundos aos quais destinam os recursos provenientes da exploração de recursos naturais. É do que se tratará no tópico seguinte.

7. Fundos do petróleo. O Brasil e o fundo do social criado pela lei N.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010

Os Estados são chamados a promover o bem social de suas populações, o que gera forte pressões sobre os seus gastos. Mesmo na maior economia do planeta, esse fenômeno se verifica.

Como a população idosa dos Estados Unidos tem crescido, não apenas em números absolutos, mas também proporcionalmente à população total, os gastos do Governo Federal com programas como Social Security e Medicare (que provê assistência médica para as pessoas idosas) têm aumentado dramaticamente. Esses programas foram projetados para continuar a crescer, com implicações significativas para o orçamento federal. Uma questão central é quanto das receitas do Governo Federal precisam ser separadas para ajudar a pagar os benefícios da Social Security e do Medicare (STIGLITZ, 2006).

Há uma forte interação entre o fenômeno da “maldição dos recursos naturais” e a política fiscal. A partir da experiência dos países produtores de petróleo se mostra que a volatilidade das receitas do petróleo tende a se transmitir para as despesas caso não se adotem regras fiscais com o objetivo de suavizar os gastos, baseadas em estimativas de renda permanente do petróleo e em indicadores fiscais que controlem o resultado primário non-oil (excluídas as receitas petrolíferas) (GOBETTI, 2011).

Um problema central levantado na literatura internacional diz respeito a como lidar com a elevada volatilidade dos preços do petróleo, que, se transmitidas para as receitas e para as despesas públicas, tendem a desestabilizar o equilíbrio macroeconômico e podem gerar trajetórias fiscalmente insustentáveis para os gastos e para o endividamento, transformando países potencialmente credores em devedores.

A elevação do patamar de investimentos públicos e em capital humano, incluídos aí os gastos em saúde e educação, pode melhorar a produtividade e complementaridade do setor público com o privado, impulsionar o crescimento do setor não-petrolífero, melhorar as condições para a sustentabilidade fiscal de longo-prazo, bem como a renda para as gerações futuras (GOBETTI, 2011).

Para evitar a dispersão dos recursos, os Estados se têm utilizado de fundos aos quais se destinam os recursos decorrentes da exploração petrolífera. Verificam-se modelos internacionais de estruturação e alocação de receitas oriundas de recursos não renováveis.

Estes fundos atendem a três objetivos fundamentais: (i) evitar os efeitos adversos do influxo repentino de grandes volumes de recursos; (ii) garantir benefícios às gerações atuais; (iii) promover o princípio da equidade intergeracional, acumulando recursos de modo a assegurar a manutenção do nível de bem-estar socioeconômico após o esgotamento das reservas minerais;

Os fundos considerados modelos são os: do Alaska, da Noruega e de Alberta (IEDI, 2011). Além desses, analisar-se-á abaixo o fundo da Rússia:

a) Alaska:

- criado em 1976; visa a garantir rendas às futuras gerações, após o esgotamento das reservas de petróleo; pelo menos 25% de todas as rendas do petróleo devem ser depositados no fundo;

- o principal fica intocado e apenas os dividendos e bônus podem ser gastos, sendo a maior parte distribuída aos cidadãos que vivem, pelo menos, há mais de um ano no Alaska (em 2007, cada cidadão recebeu U\$ 1.654);

- os valores, de regra, não são utilizados para socorrer eventuais problemas de déficit público, mas a legislação permite que parte dos valores seja utilizada em programas especiais de saúde e segurança pública.

b) Noruega:

- visa a impedir que as receitas do petróleo tenham impacto negativo na economia do país, bem como a proteger o país contra futuros déficits orçamentários causados pelo envelhecimento da população;

- os valores são parcialmente usados para cobrir despesas nas áreas da saúde e da previdência, principalmente;

- os retornos reais ajudam o governo a implementar uma ampla política de bem-estar social.

c) ALBERTA, Canadá:

- Entre 1976 e 1982-3, o fundo acumulou grande quantidade de recursos, que foram usados para empréstimos a entidades governamentais e outras províncias, no financiamento de projetos de investimento (bibliotecas, escolas, hospitais e universidades), que não visavam à rentabilidade financeira, mas à diversificação da economia e ao bem-estar social;

- em 1995, por plebiscito se decidiu que o fundo deveria ser efetivamente resguardado para as gerações futuras, fixando-se as regras de aplicação dos recursos;

- apesar disso, assim como no caso da Noruega, há uma forte vinculação do fundo com as contas do governo;

d) RÚSSIA: é um caso interessante, pois desde fev. 2008 os recursos são alocados em dois fundos com objetivos distintos: estabilidade macroeconômica e bem-estar social (dando maior sustento ao sistema previdenciário).

- Entre 2010 e 2020, estima-se um aumento na produção brasileira de petróleo em 111,5% (BUSINESS MONITOR INTERNATIONAL, 2011).

- A camada pré-sal guarda reservas potencialmente substanciais. A exploração desse petróleo, no entanto, será tecnologicamente desafiadora e extremamente custosa.

- No dia 8 de novembro de 2007, a Petrobras anunciou a descoberta de um imenso reservatório de petróleo e gás na Bacia de Santos. Chamado de Campo petrolífero de Tupi, estima-se, de acordo com as informações da época do anúncio, que tenha entre 5 e 8 bilhões de barris de petróleo recuperáveis (TOLLA, 2010).

- O campo de Tupi se localiza na camada pré-sal, região que fica abaixo dos depósitos de sal. Tem 800km de extensão, do litoral do Espírito Santo ao litoral de Santa Catarina, a uma profundidade de 7000 metros, passando por três bacias sedimentares – Bacia de Santos, Bacia de Campos e Bacia do Espírito Santo.

- Se as estimativas se concretizarem, o Brasil passará a ter local de destaque dentre os maiores produtores do mundo. Veja-se o quadro abaixo (TOLLA, 2010):

POSIÇÃO	PAÍS	BARRIS (em bilhões)
1. ^o	Arábia Saudita	264
2. ^o	Irã	138
3. ^o	Iraque	115
4. ^o	Kuait	102
5. ^o	Emirados Arabes Unidos	98
6. ^o	Brasil (com pré-sal)	93

7.º	Venezuela	87
8.º	Rússia	79
9.º	Líbia	42
10.º	Cazaquistão	40
15.º	Brasil (sem pré-sal)	13

O certo é que apenas contando os campos já descobertos, como o campo de Tupi, as reservas brasileiras de petróleo saltaram de 14 bilhões para cerca de 33 bilhões de barris de petróleo (TOLLA, 2010).

Em estudo para determinar o fluxo futuro de arrecadação de royalties e participação especial referente aos campos do pré-sal foram feitas estimativas de: (i) valor total da reserva recuperável; (ii) produção anual; (iii) custo total de produção / extração; e (iv) preço do petróleo (IEDI 2010).

Como ainda há uma grande indefinição, inclusive quanto à legislação, o estudo do IEDI assume que seriam mantidas as regras de royalties e participação especial atuais em 2013, quando a produção será iniciada.

Foram definidos três cenários de preço do barril de petróleo (US\$ 60,00, US\$ 80 e US\$ 100); o custo estimado da produção é de US\$ 20 o barril, cerca de 2,6 vezes o custo médio em 2007.

Dessa forma, quando a produção atingisse seu pico de dois milhões de barris/dia (de 2018 a 2083) – seriam arrecadados entre US\$ 13,7 bilhões a US\$ 26,5 bilhões por ano entre royalties e participação especial.

Vê-se que a magnitude das cifras torna imperativo que se faça uma utilização economicamente racional, evitando alocações insensatas e desperdícios flagrantes destes recursos. Como reparti-los de modo a maximizar o bem estar social ao longo dos anos, levando em consideração os retornos totais – públicos e privados – dos investimentos e as necessidades da atual e das próximas gerações.

No Brasil, entende-se que o fundo deve atender aos seguintes objetivos (IEDI, 2011):

- contemplar a geração presente e as futuras;
- em um primeiro momento, buscar a estabilidade macro e a solidez fiscal; após, desenvolvimento do país e bem estar da população;
- transparência;
- investimentos que garantam a preservação de seu valor real; os retornos superiores poderiam ser alocados para projetos com elevadas externalidades positivas ou de alto retorno social;
- O crescimento do país nos próximos anos deve possibilitar que se alcance um superávit orçamentário nominal e a redução da dívida líquida do setor público para menos de 30% do PIB. Dado o tamanho esperado do setor petróleo, não se vislumbra a necessidade de se constituir em meados da próxima década um fundo de reserva exclusivamente anticíclico com recursos do pré-sal. Sua alocação poderá ser voltada em um primeiro momento para modernizar a infra-estrutura do país, solucionar a questão previdenciária de maneira definitiva e sustentável, assegurando que o principal continue a acumular e ser gerido de forma a obter um retorno real médio de 8% a.a.

Nesse contexto é que foi sancionada a Lei n.º 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que criou em seu art. 47 o Fundo Social, para custear investimentos em educação, cultura, esporte, saúde pública, ciência e tecnologia, meio ambiente e medidas de mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

Segundo o art. 49, o Fundo Social é constituído com parcela do valor do bônus de assinatura dos contratos de partilha; parcela dos royalties que cabe à União em razão de contratos de partilha; receita advinda da comercialização de petróleo, gás naturais e outros hidrocarbonetos fluidos da União; royalties e participação especial das áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão destinados à administração direta da União; resultados das aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; outros recursos destinados ao Fundo Social por lei.

Cabe noticiar que o **§ 2º do art. 47 do projeto de lei encaminhado ao Poder Executivo para sanção foi vetado e tinha a seguinte redação:**

“§ 2o Do total da receita a que se refere o art. 51 auferida pelo Fundo de que trata o caput 50% (cinquenta por cento) devem ser aplicados em programas direcionados ao desenvolvimento da educação pública, básica e superior, sendo o mínimo de 80% (oitenta por cento) destinado à educação básica e infantil.”

Razões do veto

“O Fundo Social constitui uma poupança de longo prazo com vistas a assegurar os benefícios intergeracionais decorrentes da exploração do pré-sal. Nesse contexto, não é adequado fixar, previamente, quais as áreas a serem priorizadas dentre aquelas já contempladas, nas quais está incluída a educação. Por esse motivo, foi criado o Conselho Deliberativo do Fundo Social, que será a instância de interface com as demandas da sociedade, e possibilitará ajustar, ao longo do tempo, a definição da destinação dos recursos resgatados.”

Avalia-se que o Fundo Social criado pela Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010 é necessário para o bom uso dos recursos provavelmente vultosos que ingressarão com a exploração da camada pré-sal, bem como se constitui em um importante instrumento para a efetivação dos direitos sociais prestacionais previstos na Constituição da República.

8. Referências

BUSINESS MONITOR INTERNATIONAL. Brazil Oil and Gas Report Q2 2011. <http://www.marketresearch.com/Business-Monitor-International-v304/Brazil-Oil-Gas-Q2-6205440/>. Acesso em 26 de dezembro de 2011.

GOBETTI, Sérgio Wulff. Política fiscal e pré-sal: como gerir as rendas do petróleo e sustentar o equilíbrio macro-fiscal do Brasil. Disponível http://www.tesouro.fazenda.gov.br/premio_TN/XIVPremio/divida/2afdpXIVPTN/Monografia_Tema1_Sergio_Wulff.pdf. Acesso em 29 de dezembro de 2011.

IEDI (INSTITUTO DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL). Estudos sobre o pré-sal. Disponível em http://www.iedi.org.br/admin_ori/pdf/20090112_pre-sal_resumo.pdf. Acesso em 17 de dezembro de 2011.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Economic survey of Norway 2007: The petroleum sector and its impact. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/38/46/37979526.pdf>. Acesso em 29 de dezembro de 2012.

OPEN SOCIETY INSTITUTE. Covering oil. A reporter's guide to energy and development. Disponível em http://www.soros.org/initiatives/cep/articles_publications/publications/covering_20050803/osicoveringoil_20050803.pdf. Acesso em 23 de dezembro de 2011.

PACHECO, Carlos Augusto Góes. Avaliação de critérios de distribuição e de utilização de recursos das participações governamentais no Brasil. Dissertação de Mestrado apresentada ao Corpo Docente da Coordenação dos Programas de Pós-Graduação de Engenharia da Universidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2007.

TOLLA, Leonardo Malta de. Fundo soberano do Brasil: Um caso típico? Monografia de conclusão de curso de graduação em Economia apresentada ao Corpo Docente do Departamento de Ciências Econômicas da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2010.

TORDO, Silvana; JOHNSTON, David; JOHNSTON, Daniel. Petroleum Exploration and Production Rights – Allocation Strategies and Design Issues. World Bank Working Paper no. 179. Chapter 2. The World Bank. Washington, D.C. 2010.

STIGLITZ, Joseph E. and WALSH, Carl E. Principles of macroeconomics. W. W. Norton & Company. New York. 2006.

A RECENTE MUDANÇA DA LEGISLAÇÃO ITALIANA SOBRE CONDOMÍNIO EDILÍCIO. APONTAMENTOS PARA UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO.

Jayme Vita Roso

“You only live once – but if you work it right, once is enough”

(provérbio inglês)

1. Introdução

1. Praticamente, em todo o mundo, as pessoas vivem em ambientes coletivos, sobretudo devido ao alargamento das cidades e ao maior agrupamento delas em espaços cada vez menores, vingando a verticalização das construções habitacionais, sobre o ideal já superado da residência individual.

2. Essa tendência, em nosso país, foi a causa da transformação de todo o perfil das cidades localizadas ao longo da costa brasileira nos últimos cinquenta anos. Não se há de negar a insanidade dos administradores, incapazes de prever que o aglomerado crescente das cidades estava a exigir do Poder Público forte intervenção, sobretudo para evitar a infernização da vida das pessoas que as habitam (1). Essas cidades, em meio século, se transformaram em megalópoles, sem a menor estrutura de serviços públicos exigíveis para uma vida digna, tais como vias amplas e arborizadas, locais para recreação, espaços públicos, serviços adequados de água e esgoto, semáforos funcionando, ordenação do trânsito e, sobretudo, a limitação das construções a um gabarito razoável capaz de permitir que viver fosse realmente um prazer para seus habitantes e outros mais. As verbas públicas, quando não aplicadas com proficiência técnica, têm destinos escuros.

3. Tudo ocorreu ao contrário no Brasil. A partir da promulgação da Carta de 1946 e assim por diante, com as demais que foram editadas, seja por motivos político-revolucionários seja pela predominância de interesses endógenos e exógenos para a sociedade brasileira, com uma história de estarrecer.

4. O ápice foi a Constituição Federal de 1988, que é um verdadeiro monumento de tolices quiméricas, uma vez que os representantes do povo que a editou jamais deram um tempo para refletir sobre a viabilidade de se transformar em realidade as construções demagógicas, sobretudo tendo em conta as criações quiméricas somente poderiam ser implementadas se houvessem verbas criadas pela riqueza do trabalho coletivo, pela força empresarial privada e o seu monitoramento pelos poderes públicos. Isso, sem considerar que uma rigorosa e adequada fiscalização do recolhimento dos impostos e o emprego das verbas públicas fossem cuidados com o máximo apuro de sorte a evitar o que se vê hoje: uma libertinagem na corrupção e a infeliz impunidade com deletérios prejuízos dos cidadãos.

5. Bem, estamos diante de fatos e fatos são os que nos interessam neste escrito.

6. O Código Civil editado em 2002 enfrenta a questão condominial, no sentido lato, compreendida nos artigos 1314 a 1358 e o condomínio edilício, especificamente, nos artigos 1331 a 1358.

7. O legislador civil tentou configurar o condomínio edilício e sua respectiva incorporação de forma bastante pormenorizada. Parece-nos que, mesmo mantendo alguns dispositivos da Lei dos Condomínios Edilícios (Lei 4591 de 16.12.64), inovou de maneira particular a administração (artigo 1347 a 1356); a alienação de unidade autônoma ainda com o texto do artigo 167-I-12 da Lei de Registros Públicos bem mais antiga (Lei 6015 de 31.12.73); a alteração do regimento interno (artigo 1351); a conceituação de áreas comuns (artigo 3º da Lei 4591 de 16.12.64); a assembléia geral (artigos 1347 a 1356 além dos artigos 24 a 27 da Lei 4591/64); a composição, eleição e responsabilidade do conselho fiscal (artigo 1356); a própria construção do edifício, mantendo os artigos 48 a 62 da Lei 4591/64; a convenção (artigos 1333 e 1334) assim como per-

manecendo vigentes os artigos 9 a 11 da Lei 4591/64 além dos artigos 167-I-17 e 178-III da Lei 6515/73; as causas e efeitos do imóvel hipotecado (artigo 1488); o sério problema da demolição e reconstrução do imóvel (mantido o artigo 17 da Lei 4591/64); todas as despesas com a parte comum de uso exclusivo de um ou alguns condôminos (artigo 1340); as despesas comuns de forma geral (artigo 12 da Lei 4591/64); os direitos e deveres dos condôminos (artigos 1335 e 1336); a sua extinção (artigos 1357 e 1358); a forma de instituição do condomínio (artigo 1332); o incêndio do imóvel (artigo 1346 e reportado também ao artigo 16 da Lei 4591/64); para a incorporação, a Comissão dos Representantes mantiveram-se os artigos respectivamente 28 a 47 e 61 da Lei 4591/64; as partes comuns do condomínio edilício e partes de propriedades exclusivas do mesmo (artigo 1331); a realização de obras no imóvel dentro do condomínio edilício (artigos 1341 a 1343); o regimento interno dos condomínios teve sua redação originária do artigo 1351 alterada pela Lei 10931 de 02.08.04; a rescisão do contrato ainda obedece ao dispositivo do artigo 40 da Lei 4591 de 16.12.64; a responsabilidade do adquirente pelos débitos pendentes (artigo 1354); o seguro do imóvel (artigo 1346 e também os artigos 13 a 15 da Lei 4591/64); finalmente, a eleição do síndico e todos os seus procedimentos foram provisionados nos artigos 1348 a 1350 e, vigente ainda, o artigo 22 da Lei 4591/64.

8. O Código Civil Italiano teve seu texto aprovado pelo Régio Decreto de 16 de março de 1942, XX-262. Foi assinado pelo rei Vittorio Emanuele III, por Mussolini e Grandi, este ministro da justiça. Durante os seus setenta e um anos de vigência sofreu diversas modificações e alterações, como não podia deixar de ocorrer, embora a base filosófica e prática se mantivesse incólume. Algumas dessas modificações são importantes e serem recordadas para mostrar que, involucrado num sistema tão complexo como é a Comunidade Europeia, o Código Civil italiano ainda mantém o seu perfil inicial.

9. Adiante coleciono algumas das Leis chamadas de “Leis Coligadas” do Código Civil Italiano.

9. 1. Todo sistema italiano de Direito Internacional Privado foi reformado pela Lei número 218 de 31/05/95.

9. 1. 2. O Decreto do Presidente da República número 396 de 3/11/2000 regulamentou a revisão e simplificação do ordenamento do Estado Civil tendo em conta as pessoas e as famílias e a Lei número 91, de 5/2/92, construiu novas normas que respeitam a cidadania, extremamente importante para definir quem é cidadão do país.

9. 1. 3. O decreto legislativo número 196 de 30/6/2006 construiu um verdadeiro código em matéria de proteção dos dados pessoais, cuja importância, no momento presente, diante das flagrantes violações cometidas por Estados estrangeiros aos variados interesses nacionais, dispensam quaisquer comentários, uma vez que estamos despidos de qualquer proteção nesse sentido.

9. 1. 4. As atividades bancárias, não se esquecendo que o Código Civil de forma precisa, já em 1942, dava o perfil das contratações com estabelecimentos de crédito, não escapou também de nova intervenção estatal ocorrida pelo Decreto Legislativo número 153 de 17/5/99, bem como também pelo Decreto Ministerial número 150 de 18/5/2004, que disciplina as fundações bancárias no que concerne às atividades específicas dentro de um âmbito territorial (ressalta-se que, apesar de todas as grandes dificuldades que a Itália vem passando, seu sistema bancário ainda é vigoroso e não houve, pelo menos até agora, nenhuma quebra de médio ou grande banco, o que é, além de surpreendente e salutar, robustece a eficácia do controle das instituições financeiras pelas autoridades competentes).

9. 1. 5. Também passou pelo legislativo, depois de muita controvérsia, a Lei número 898 de 1/12/70 que cuida do “encerramento do matrimônio”, seguida pela Lei número 184 de 4/5/83 que tem como princípio geral o direito do menor a ter uma família, ou seja “Artigo 1º.1 o menor tem o direito de crescer e ser educado no âmbito da própria família”, além de cuidar pormenorizadamente da adoção, sempre tendo em conta o menor de idade e sua proteção.

9. 1. 6. Pelo Decreto do Presidente da República número 361 de 10/02/2000, foi regulamentada a simplificação dos procedimentos de reconhecimento das pessoas jurídicas privadas.

9. 1. 7. Ainda dentro do âmbito das pessoas, foram editadas normas em matéria de procriação assistida medicalmente.

10. Propriedade.

10. 1. 1. Nesse âmbito, o usucapião especial para pequenas propriedades agrícolas rurais foi pormenorizadamente cuidado pela Lei número 346 de 10/5/76;

10. 1. 2. Pragmaticamente, até com forte sanções penais, a Lei número 10 de 28/01/77 tratou das

normas para edificação no solo. É de extrema importância essa Lei e seus desdobramentos que chegam até a permitir a expropriação de propriedades, quando não são observadas as regras fundamentais do controle das construções, tendo em vista, sobretudo os vínculos históricos, artísticos, arqueológicos, paisagísticos e ambientais. Aliás, a Lei 47 de 28/02/85, em seqüência, determina uma série de normas e requisitos em matéria de controle da atividade urbanística.

10. 1. 3. Não escapou do legislador, apesar das flagrantes violações ocorridas, porém, a maioria punidas, medidas de racionalização das finanças públicas o que ocorreu com a Lei número 724 de 23 de dezembro de 1994.

10. 1. 4. O Presidente da República, através do Decreto 380 de 2001, elencou e regulamentou tudo o que se refere à construção civil. É um monumento legislativo de altíssima relevância e importância, elaborado com cinquenta e um artigos na Parte Geral e complementado, na subsequente, pelas normas técnicas para a construção, inclusive severas disciplinas de vigilância na construção e normas penais aplicáveis aos infratores.

O mesmo Decreto consagrou disposições para favorecer e superar, eliminando as barreiras arquitetônicas nos edifícios privados e públicos e aqueles, privados, abertos ao público. Cuidou do zoneamento, também da segurança nas construções e meios adequados de restringir o consumo de energia nos edifícios. Essa legislação derrogou quase uma centena de dispositivos e leis anteriormente editados de sorte a dar um perfil adequado ao ramo de construções que, na Itália, sabidamente, sempre foi a causa e a origem de numerosos processos por corrupção.

10. 1. 5. O Decreto Legislativo número 42 de 22/1/2004 foi considerado por quem o editou o código dos bens culturais e da paisagem, tem 184 artigos. Ressaltando-se os seus princípios em “1.2 a tutela e a valorização do patrimônio cultural concorrem a preservar a memória da comunidade nacional e do seu território e a promover o desenvolvimento da cultura”.

Os bens culturais da Itália estavam sendo e, malgrado ainda são, flagrantemente agredidos e depredados por falta de proteção e conservação, vigilância e inspeção. Embora ainda não o sejam cuidados da forma como se estaria a exigir, a conjugação da proteção dos bens culturais com a planificação paisagística dão evidências muito fortes do interesse estatal de reconhecer a planificação paisagística como de interesse público e, sobretudo, analisar as dinâmicas das transformações territoriais, que induzam fatores de risco e dos elementos de vulnerabilidade da paisagem, sobre comprometer-se também com a correção das áreas degradadas. É um trabalho insano, porque os bens culturais italianos são tidos como os mais importantes legados históricos ainda existentes.

10. 1. 6. A intenção do autor deste ensaio não foi elencar todas as demais modificações diretas ou indiretas do Código Civil de 1942, mas de suscitar dos juristas brasileiros a necessária reflexão, nesse momento em que afortunadamente se está a criar um Código Comercial, que irá, sem dúvida nenhuma, provocar mais problemas do que benefícios à sociedade, sobre complicar de maneira relevante as atividades dos que estão vinculados ao exercício da distribuição da justiça e aos seus auxiliares. Por isso, clamo aos juristas nacionais que atentem às modificações à vida, locação, contratos agrários, orientação e modernização do setor agrícola, seguros públicos e privados, ressarcimento de direito de danos decorrentes da circulação nas estradas, alteração e adequação das cambiais às normas nacionais e internacionais, danos ambientais, contratos de fornecimento de mercadorias, consumo com suas grandes alterações, turismo, trabalho por tarefas, atividade fiduciária, responsabilidade das pessoas jurídicas, fusões (as transformações da sociedade) de capitais, revisões legais de contas anuais e consolidadas, as sociedades cooperativas, a matéria de crédito bancário a ser analisada a fundo pelos legisladores, questão de pagamentos dentro do mercado interno, intermediação financeira (bastante analisada em quase duzentos artigos), contratação com garantia fiduciária, fundos de pensão, a proteção do direito do autor, Código de Propriedade Industrial refeito e adaptado às normas comunitárias, alteração da Lei falimentar (Régio Decreto número 267 de 16 de março de 1942 e modificações realizadas em 2006), administração extraordinária de grandes empresas e serviço de notariado (foi bastante alterado pois é oriundo da Lei 89 de 16/02/13).

Sintetizando, todas essas alterações que integram o corpus civilis, na verdade, ultrapassam o âmbito restrito ao que o autor deste ensaio se propôs, mas é uma forma de induzimento aos estudiosos a ingressarem no âmbito do direito comparado. Esta matéria infelizmente tem sido relegada nos últimos anos e está se perdendo muito com a submissão dos juristas pátrios ao direito norte-americano, que desencoraja os de

boa formação a investir seu tempo apenas no sistema, que conflita, estrutural e historicamente, com o nosso, construído dentro da nossa cultura e dos nossos hábitos.

10. 1. 7. Aos que se interessarem para um aprofundamento sobre o Código Civil italiano muito bem apreciado, o autor recomenda: *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano*, ao cuidado de Giorgio de Nova (2013).

11. Feita essa panorâmica do direito italiano que abarcou o Código Civil e suas mutações em setenta e um anos de existência com a edição de leis autônomas e complementares para dar feição adequada a cada instituto ou a cada alteração, importa, nesta sede, fazer-se cuidadosa reflexão a respeito dessas mutações em honra da verdade (“ad honor del vero”).

11. 1. 1. Nesse estágio da vida e da vigência do Código Civil Brasileiro que têm tão-só onze anos e obedeceu uma rigorosa estruturação e uma linguagem adequada à modernidade, lamentavelmente está sendo vulnerado pelos defensores da bipartição dos direitos civil e comercial, com subversão do que ensaiamos há pouco tempo e vem convenientemente sendo aplicado pelos nosso tribunais. É indispensável retornar-se ao Ante-projeto do Código Civil publicado no Diário Oficial (Sessão I, parte I) Suplemento do dia 7 de agosto de 1972, intitulado “Suplemento AC número 149”. Dele, após a carta de apresentação endereçada ao Ministro da Justiça Alfredo Buzaid, pelo Coordenador da Comissão de Estudos Legislativos, Professor José Carlos Moreira Alves, torna-se obrigatória a leitura e meditação do texto do Professor Miguel Reale, Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, que redigiu as diretrizes fundamentais, em doze itens, em que o Novel Código não distinguiu obrigações civis e mercantis, seguindo orientação do ante-projeto do Código de Obrigações de 1941 e reiterada no Código de 1965 como corolário integrante e integrativo das “atividades negociais ou empresariais como desdobramento natural do Direito das Obrigações” (item b). Além do que é muito importante para o caso atual, nessa desesperada tentativa, que parece dará frutos de reviver o Código Comercial, perfeitamente dispensável, reconhece-se a genialidade do Professor Reale, quando colocou, como meta de proposta do novo Código mais uma diretriz fundamental do trabalho: “Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da Lei à experiência social e econômica” (item h). Sem ofender, a releitura desse texto é realmente essencial a qualquer jurista em probidade intelectual.

11. 1. 2. Está a ser ver que o Código Civil que, secularmente, por tantas experiências passadas em outras jurisdições abarca as Legislações Estáticas, só é alterado em situações em que, por conseqüências muito sérias, derivadas de relevantes mudanças sociais, quando passam ser essas premissas ou razões de mudanças jurídicas.

11. 1. 3. Bem escreveu a Professora Andrea Pin, pesquisadora em Direito Constitucional na Universidade dos Estudos de Pádua: “Adequar o direito a uma sociedade que muda constituiu-se uma prioridade para boa parte dos ordenamentos contemporâneos: os difusos fenômenos da descentralização tiveram por intenção atualizar o sistema institucional a um contexto globalizado; as conjunturas econômico-políticas pressionaram para as mudanças da tutela dos balanços sociais; a necessidade de tomar decisões rapidamente impulsionou vários instrumentos ou práticas que garantissem a governabilidade com efeitos importantes sobre o equilíbrio entre os poderes; a centralidade do tema financeiro descolou as premissas teóricas pela transferência da soberania em favor da instituições européias e colocou em evidência a exigência da própria democratização” (Pin, Vettorel, Marcianum Press, 2013, p. 171-9).

Mais do que justificadas, quando necessárias, as alterações legislativas, que devem refletir o momento e serem bem redigidas.

2. As principais novidades ocorridas na Itália para a reforma do condomínio edilício.

1. A Lei número 220 de 11 de dezembro de 2012, que modificou a disciplina do condomínio nos edifícios, publicada no Diário Oficial número 293 de 17/12/2012, entrou em vigor no dia 18 de junho de 2013.

2. Trouxe muitas novidades essa reforma parcial dos condomínios verticais mesmo porque ela insere, modifica e subtrai diversos artigos do Código Civil. Essa modificação na disciplina dos condomínios ver-

tais interveio a transformar uma realidade que, direta ou indiretamente, interessa em torno de sessenta milhões de pessoas, ela recebe abundantemente os princípios e institutos jurídicos já individualizados há muito tempo pela prática e sancionados na jurisprudência.

3. Adiante, serão elencadas e brevemente comentadas as principais novidades da reforma.

3. 1. O Administrador.

3. 1. 1. A eleição é obrigatória, se forem mais de oito condôminos, sendo que anteriormente eram quatro.

3. 1. 2. Requisitos (para ser administrador).

3. 1. 2. 1. Para poder administrar um condomínio, doravante, são necessários requisitos específicos (substancialmente em número de sete), enquanto anteriormente não o eram. Dos mais importantes, destacam-se: esteja o administrador em pleno gozo dos direitos civis e políticos e graduado com diploma de escola secundária superior, o administrador condômino fica exonerado da posse do título de graduação de estudo e da frequência do curso de formação.

3. 1. 3. Comunicação.

3. 1. 3. 1. O administrador deve fixar na entrada do prédio seu nome, endereço e meios telefônicos e outros de forma a ser facilmente encontrado.

3. 1. 4. Contratação de seguro profissional.

3. 1. 4. 1. A assembléia poderá deliberar antes da nomeação ou da eleição do administrador como garantir a gestão durante o seu mandato. O valor do seguro pode ser aumentado na hipótese de trabalhos extraordinários efetuados no edifício durante sua gestão.

3. 1. 5. Atribuições.

3. 1. 5. 1. Foram ampliados substancialmente os encargos e as tarefas do administrador, destacando-se, dentre elas, pela sua importância, a obrigação de manter os registros contábeis atualizados e todos com provas concretas do cumprimento das obrigações fiscais.

3. 1. 6. Atividades extra condominiais.

3. 1. 6. 1. O administrador, representando o condomínio, poderá colaborar em projetos e programas sociais ou ambientais com instituições onde esteja localizado o condomínio.

3. 1. 7. Prestação de contas.

3. 1. 7. 1. Para discussão e aprovação de contas, o administrador deve convocar assembléia dentre os seis primeiros meses do ano e, para controlar as contas, deve indicar um revisor para elas que tenha feito parte da assembléia.

3. 1. 8. Destituição.

3. 1. 8. 1. No regime anterior, a destituição do administrador tornava-se bastante complicada ainda que ocorressem comportamentos sintomáticos de graves irregularidades e seria somente efetuada através de decisão judicial. Hoje, com a nova Lei, o fato já ocorre com maior facilidade, diante da sua operabilidade, com meios rápidos. A destituição também pode ser pronunciada em qualquer tempo do mandato, por assembléia dos condôminos, que possam votar dentro dos seus poderes soberanos, estabelecidos no regimento do edifício. Isso significa que a revogação não depende exclusivamente de pronunciamento judicial.

3. 1. 8. 2. Ainda é de ser lembrado que a reforma acrescentou o item 12º ao artigo 1129 do Código Civil que prevê, casuisticamente, no que se constituem as hipóteses-fatos das chamadas graves irregularidades. Inclusive, ainda mais, fatos às vezes até corriqueiros, como a não abertura de conta em nome do condomínio, poderá levar à destituição. Quem for destituído não poderá eleito novamente.

3. 1. 9. As normas legais referentes ao administrador são: artigos 1105, 1106, 1129, 1130, 1130-bis, 1131, 1133, 1135, 1136 do Código Civil e também os artigos 63, 64, 65, 71, 71-bis, 71-3 e 156, disposições constantes do Código Civil e aplicadas à espécie.

3. 2. Animais domésticos.

3. 2. 1. O regulamento do edifício não pode vetar ou impedir a posse ou a sua manutenção de animais domésticos. In genere são animais de companhia.

3. 3. Elevador(es).

3. 3. 1. A nova lei estabelece a obrigatoriedade dos condôminos contribuírem com as despesas de manutenção e substituição do elevador ou dos elevadores da mesma forma que são eles obrigados a contribuir com a manutenção e reparo das escadas intermediárias dos andares.

3. 3. 2. As normas legais aplicáveis a essa utilidade encontram-se nos artigos 1120 e 1136 do Código Civil e no artigo 2º da Lei número 13 de 1989.

3. 4. Assembléia.

3. 4. 1. Convocação.

3. 4. 1. 1. Pode ser feita mediante meios eletrônicos certificados, fax ou entrega em mãos. Na hipótese da ordem do dia for longa e complexa é permitido ao administrador, desde logo, fixar mais reuniões e que sejam consecutivas dentro da mesma convocação. Deve-se atentar que convocações especiais podem e devem ser convocadas, quando se pretender modificar a destinação de uso de partes comuns.

3. 4. 2. Maioria para deliberar.

3. 4. 2. 1. A regra do jogo, para esse caso, de sorte a dar validade à constituição obedece critérios bastante precisos que assim se resumem: a) maioria dos participantes do condomínio na primeira convocação, representando seiscentos e sessenta e sete milésimos da área do prédio e, b) para a segunda convocação, um terço dos participantes do condomínio ou trezentos e trinta e quatro milésimos da área condominial.

3. 4. 3. Validade das deliberações.

3. 4. 3. 1. Na primeira convocação, a maioria dos intervenientes (presentes) habilitados ou quinhentos milésimos da área do edifício e, na segunda convocação, da mesma forma que a anterior, porém, com trezentos e trinta e quatro milésimos da área.

3. 4. 4. Modificações da maioria.

3. 4. 4. 1. Para que isso ocorra, basta um determinado número de votos pares ou ao menos trezentos e trinta e quatro milésimos para discutir o consumo energético e/ou para aquisição ou locação ou de qualquer outra forma a produção certificada de energia, através de fontes renováveis.

3. 4. 4. 2. Também serve para a maioria dos intervenientes votantes e exige quinhentos milésimos para a instalação de antena central e de satélite; mudar aspectos arquitetônicos do edifício; diminuir o consumo energético; produção de energia de fontes renováveis; instalação de aparelhamento de produção de energia solar, eólica ou mesmo renovável; construção de estacionamento e instalação de aparelhagem de vídeo-segurança.

3. 4. 5. Representação.

3. 4. 5. 1. Muito importantes as modificações ocorridas na alteração legislativa a saber, se os condôminos são mais de vinte e não mais de um quinto dos condôminos e do valor proporcional da área construída; nesse caso, o administrador não pode representar condôminos na assembléia. O chamado “super condomínio” terá um representante por condomínio se os condôminos forem mais de sessenta.

3. 4. 6. As normas incidentes sobre o fato cuidado nesse item encontram-se dispostas nos artigos 1105, 1109, 1120, 1135 e 1136 e também aplicáveis às disposições do Código Civil dos artigos 66, 67 e 155-bis.

3. 5. Conselho do condomínio.

3. 5. 1. Composição.

3. 5. 1. 1. Deverá contar com três condôminos, pelo menos, nos edifícios com menos de doze unidades imobiliárias.

3. 5. 2. Funções.

3. 5. 2. 1. Serão consultivas e de controle.

3. 6. Conta corrente.

3. 6. 1. O síndico obrigatoriamente deverá manter conta corrente em nome do condomínio e fornecer o extrato dessa conta quando solicitado por qualquer condômino.

3. 7. Contribuições condominiais.

3. 7. 1. Credores do condomínio.

3. 7. 1. 1. Os credores tem o direito de solicitar do administrador a relação dos condôminos morosos. Podem agir em confronto dos condôminos insolventes somente depois de haver exigido dos outros (morosos).

3. 7. 2. Recuperações coativas.

3. 7. 2. 1. O administrador deve diligenciar para recuperar valores devidos dentro de seis meses do fechamento do exercício em curso e, para tal finalidade, não necessita pedir autorização para tomar essa providência.

3. 7. 3. Vendedor.

3. 7. 3. 1. O vendedor de qualquer unidade condominial está obrigado a pagar as cotas até que não transmita o texto ou cópia do ato de venda (escritura) ao administrador; obrigatoriamente antes da posse de unidade adquirida.

3. 7. 4. Documentação.

3. 7. 4. 1. As escrituras e outros documentos correlatos devem ser conservados cuidadosamente pelo período de dez anos da data de cada registro.

3. 8. Aparelhos autônomos televisivos e produção de energia renovável.

3. 8. 1. Instalação.

3. 8. 1. 1. Muito cuidado nessas providências deve ser tomado pelos interessados pois a) se comportar a modificação das partes comuns deve ser comunicada ao administrador, especificando o que vai ser alterado, b) a assembléia pode prescrever modalidade de execução alternativa ou impor a necessidade de prestação de caução e c) pode-se solicitar à assembléia a repartição do uso de teto solar e de outras superfícies comuns existentes no condomínio.

3. 8. 1. 2. É muito comum na Itália a instalação de uma antena centralizada. Também pode ser instalada nova antena parabólica ou tradicional; ou modificação da tradicional por uma de via satélite; as despesas são repartidas pelo critério milesimal, salvo disposição em contrário. Quanto à instalação de antes de telefones celulares, é indispensável a unanimidade dos condôminos.

3. 8. 1. 3. A legislação italiana aplicável à instalação de antenas está provisionada nos artigos 1120, 1122-bis e 1136 do Código Civil e no artigo 2-bis da Lei 66/2001.

3. 9. Do regulamento.

3. 9. 1. O regulamento é obrigatório, quando forem mais de dez condôminos.

3. 9. 2. É contratual e obriga já o construtor do edifício a dar ciência aos adquirentes das unidades do prédio em construção ou, se posteriormente aprovado, pela unanimidade dos condôminos.

3. 9. 3. A assembléia que discute e examina o texto do regulamento deve ter quorum de representante de, pelo menos, 500/1000 e, também, na segunda convocação, para aprová-lo.

3. 9. 4. A modificação do regulamento é tema importante uma vez que o regulamento do edifício (condomínio vertical) é considerado um contrato. Precisa do consenso de todos os condôminos para modificar uma cláusula ou algumas cláusulas que limitem os direitos dos condôminos sobre partes comuns ou sobre a que for de propriedade exclusiva. Neste caso, é exigida a maioria dos participantes da assembléia e ao menos 500/1000 para outras cláusulas.

3. 9. 5. Para o regulamento a previsão legal é do artigo 1138 do Código Civil combinado com os artigos 68, 70 e 72 dele.

3. 10. 6. Infrações ao regulamento.

3. 10. 6. 1. As corriqueiras infrações ao Regulamento Interno são penalizadas até duzentos Euros e, em caso de reincidência, até oitocentos Euros. Uma limitação necessária, considerando-se que, para essas infrações ao regulamento, não se tem em conta fatos mais graves que podem ser reprimidos pelos meios regulares de direito e inclusive com a própria exclusão do condômino.

3. 10. Inovações e trabalhos extraordinários.

3. 10. 1. O síndico é obrigado a submeter à assembléia, quando for o caso, as modificações, inovações e trabalhos extraordinários que possam ser executados no condomínio quando entender e julgar necessário.

3. 11. “Milésimos”.

3. 11. 1. Em regra, as duas hipóteses dos milésimos exigem unanimidade dos condôminos. Excepcionalmente a maioria dos intervenientes e, ao menos, quinhentos milésimos em caso de erro ou alteração superior a um quinto do valor da unidade imobiliária. É de se considerar que fica ao cargo do condômino que provocou essa variação toda e qualquer despesa decorrente do fato.

3. 12. Obras e serviços sobre as partes individuais.

3. 12. 1. O interessado deve obrigatoriamente preavisar e detalhar ao administrador o que pretende executar e este deverá reportar-se à assembléia para aprovação.

3. 13. Partes comuns.

3. 13. 1. Indicação.

3. 13. 1. 1. Deve ser a mais pormenorizada possível, por exemplo, também para as televisões centralizadas e para o ar condicionado.

3. 13. 2. Modificação destinada ao uso.

3. 13. 2. 1. Ela será aprovada por quatro quinto dos condôminos e também por quatro quinto do valor do edifício. E poderá ser vetada se prejudicar a estabilidade, a segurança e o desenho arquitetônico.

3. 13. 3. Resguardo (das partes comuns).

3. 13. 3. 1. Pode ser feito por iniciativa do administrador ou dos condôminos individuais.

3. 13. 4. Garagem.

3. 13. 4. 1. Onde os espaços são realmente ocupados pela própria dimensão reduzida dos terrenos, as garagens tem relevo para os condôminos e, senão for bem decidida a sua implantação, podem gerar, como ocorre inclusive no Brasil, conflitos indesejáveis no condomínio.

3. 13. 4. 2. Quanto à construção de garagem, observa-se que, se for feita no pátio ou no jardim, pode ser deliberada por um número de votos iguais a quatro quintos dos participantes do condomínio e a quatro quintos do valor do edifício. Se construída no subsolo, basta a maioria dos intervenientes e, ao menos, na proporção 500/1000.

3. 13. 4. 3. Quanto à cobertura ou boxes, as despesas estão a cargo de todos os condôminos, enquanto os proprietários que forem utilizar o espaço são obrigados a cobrir as despesas de pintura, decoração, tipo do teto etc..

3. 13. 4. 4. A rampa de acesso, se utilizável somente pelos proprietário dos boxes, as despesas gravam somente os usuários se, ao invés, outros condôminos tiverem acesso as despesas devem ser contribuídas em proporção aos milésimos de propriedade, salvo acordo diverso entre os condôminos.

3. 13. 4. 5. Incide sobre a “utilidade garagem” a norma do artigo 9º da Lei 122/1989, ou seja, a obrigatoriedade de liquidar as despesas pelo uso.

3. 13. 5. Estacionamento.

3. 13. 5. 1. Não é estranho aos condomínios italianos que se faça o estacionamento no jardim. Para se transformar um jardim em estacionamento é necessário o voto favorável de quatro quintos dos participantes do condomínio e também de quatro quintos dos que representam o valor do edifício.

3. 13. 5. 2. Proibição.

3. 13. 5. 3. A utilização do estacionamento deve ser prevista regulamento contratual.

3. 13. 5. 4. Visitas ou estranhos ao condomínio podem ser excluídos pela decisão da maioria, em assembléia, com o quorum 500/1000.

3. 13. 5. 5. Suscitou muitos problemas na Itália a questão do pagamento para estacionar. Ficou decidido, inclusive pela jurisprudência, se o espaço for suficiente, devem estar de acordo todos os condôminos para a cobrança dos usuários não condôminos.

3. 13. 5. 6. Pode ocorrer que um condômino ou um estranho estacione sem permissão. A remoção forçada do veículo somente será possível por solicitação do administrador, que reclamará a intervenção, para fazê-la, da Polícia Municipal.

3. 13. 5. 7. Pode ocorrer que aumente o número de veículos e tornando o espaço do estacionamento insuficiente. Essa situação peculiar foi resolvida salomonicamente pelo legislador e pela jurisprudência. O condomínio se reúne em assembléia e vota o estabelecimento de turnos (dias, meses, etc) que possam ser utilizados pelos condôminos substitutos dos inicialmente contemplados.

3. 13. 5. 8. Também de forma sensata foi decidido que certos tipos de veículos cujo tamanho ou dimensão ultrapassa os normais existentes, dentro do condomínio são proibidos de estacionar.

3. 13. 5. 9. A norma incidente ao estacionamento é o artigo 1117-3º do Código Civil.

3. 14. Registros.

3. 14. 1. Todos os atos condominiais, a eleição e revogação do administrador, as atas das assembléias e a contabilidade devem ser registradas regularmente nos locais próprios.

3. 15. Aquecimento.

3. 15. 1. Importância.

3. 15. 1. 1. É possível a sua instalação senão gerarem relevantes desequilíbrios de funcionamento do aquecimento geral ou agrave significativamente a despesa para os outros condôminos.

3. 15. 1. 2. Deve-se comumente contribuir com as despesas de manutenção extraordinária e colocar esse fato dentro das regras da sua implantação.

3. 15. 1. 3. Ainda se destacam, a questão da temperatura que não pode superar 22º C; o calor produzi-

do deve ser contabilizado para a distribuição das despesas; sua transformação do sistema central em unidades autônomas pode ser deliberada por votos que representam a percentagem 334/1000 e a supressão total depende do consenso de todos os condôminos.

3. 15. 2. Com referência ao aquecimento a norma incidente é do artigo 1118 do Código Civil combinado com o artigo 26 da lei número 10/1991, no que couber.

3. 16. Internet.

3. 16. 1. Instalação: somente com decisão da assembléia.

3. 16. 2. Documentação: consulta e copia em formato digital para todos os interessados.

3. 16. 3. Despesa: a cargo dos condomínios que a utilizarem.

3. 17. Usufrutuário.

3. 17. 1. Direito de voto.

3. 17. 1. 1. Somente para casos de administração normal, gozo das coisas e serviços comuns.

3. 17. 2. Despesas comuns.

3. 17. 2. 1. Responde o usufrutuário pelo pagamento em conjunto com o nu proprietário.

3. Jurisprudência brasileira sobre condomínios.

1. Para breve comparação, com o direito vigente nacional, com as decisões pátrias, foram pinçados casos julgados recentemente pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e alguns poucos das Cortes Superiores de Brasília, procurando na seqüência tanto quanto possível seguir as modificações ocorridas na Itália na recente reforma do condomínio. Essa limitação tem em vista que a natureza deste ensaio exige seja bem dimensionada. Ou seja, a figura do administrador; a presença de animais domésticos no condomínio; elevadores; os diversos aspectos da assembléia; o conselho do condomínio; a conta corrente; as contribuições condominiais; a documentação do condomínio; aparelhos domésticos autônomos (TV e produção de energia renovável); as infrações ao regulamento interno; inovações de trabalhos extraordinários; os “milésimos”; as obras realizadas na unidade individual; as partes comuns; registros; calefação; a implantação da internet e a questão do usufrutuário.

2. A jurisprudência procurou ser bem objetiva na sua seleção, de sorte a adequar-se comparativamente ao novel direito italiano. Ressalta-se que o sistema adotado neste escrito quanto ao direito comparado não desfigura a noção dessa antiga tipologia ou modalidade de estudo da ciência jurídica, mas segue os parâmetros contemporâneos que foram pesquisados e achados conformes para serem trazidos aos leitores e estudiosos brasileiros.

3. Jurisprudência.

3. 1. **Assembléia e seus requisitos.**

3. 1. 1. RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - POSSIBILIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - ASSEMBLÉIA - INSUFICIÊNCIA DE QUORUM - RATIFICAÇÃO POSTERIOR - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DA COLHEITA DE VOTOS NAS REUNIÕES CONGREGACIONAIS - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Não há falar em cerceamento do direito de defesa em hipóteses tais em que o julgador, destinatário final das provas, dispensa a produção daquelas que julga impertinentes, formando sua convicção com aquelas já constantes nos autos e, nesta medida, julga antecipadamente a lide, como sucede in casu. 2. Conquanto o condomínio não possua personalidade jurídica, é inviável deixar de reconhecer que deve exprimir sua vontade para deliberar sobre o seu direcionamento. 3. A assembléia, na qualidade de órgão deliberativo, é o palco onde, sob os influxos dos argumentos e dos contra-argumentos, pode-se chegar ao voto que melhor reflita a vontade dos condôminos e, portanto, não é de admitir-se a ratificação posterior para completar quorum eventualmente não verificado na sua realização. 4. Recurso especial improvido. (STJ - REsp: 1120140 MG 2009/0016163-4, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 06/10/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/10/2009)

3. 1. 2. “AÇÃO DE COBRANÇA- CONDOMÍNIO INSTITUÍDO HÁ MAIS DE 40 ANOS - ASSEMBLÉIA EXTRAORDINÁRIA VISANDO A INCLUSÃO DAS LOJAS NO RATEIO DAS DESPESAS CONDOMINIAIS - CONVOCAÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVA - NULIDADE DO ATO - INTELIGÊNCIA DO

ART. 1.354 DO CÓDIGO CIVIL. A assembléia não poderá deliberar se todos os condôminos não forem convocados para a reunião”. (TJ-SP - APL: 804420118260562 SP 0000080-44.2011.8.26.0562, Relator: Renato Sartorelli, Data de Julgamento: 19/12/2012, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/01/2013)

3. 1. 3. Condomínio Assembléia Geral Extraordinária Edital de convocação incompleto, que não contém a discussão acerca da construção de uma mini-quadra nos fundos do edifício Matéria que deveria constar da ordem do dia Caso em que se trata de obra voluptuária que precisaria da aprovação de 2/3 dos votos, segundo a Lei, e de unanimidade, no caso da Convenção do Condomínio Recurso improvido. (TJ-SP - APL: 9049453742001826 SP 9049453-74.2001.8.26.0000, Relator: José Luiz Gavião de Almeida, Data de Julgamento: 29/11/2011, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/12/2011)

3. 1. 4. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONDOMÍNIO. ASSEMBLÉIA. DIREITO DE PARTICIPAÇÃO E VOTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. CÔNDOMINO QUE É PROPRIETÁRIO DE DIVERSAS UNIDADES. INADIMPLEMENTO EM RELAÇÃO A UMA DELAS. DIREITO DE VOTO QUE PREVALECE EM RELAÇÃO ÀS OUTRAS UNIDADES. ARTIGO ANALISADO: 1.335, III, DO CC/02. 1. Ação ajuizada em 30.07.2010, na qual o condômino visa à participação em assembléia de condomínio edilício. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete 24.04.2013. 2. Cinge-se a controvérsia a definir se o condômino que é proprietário de diversas unidades autônomas de um condomínio edilício, mas está inadimplente em relação a alguma delas, tem direito a participação e voto em assembléia. 3. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 4. A unidade isolada constitui elemento primário da formação do condomínio edilício, e se sujeita a direitos e deveres, que devem ser entendidos como inerentes a cada unidade, o que é corroborado pela natureza propter rem da obrigação condominial. 5. Estando a obrigação de pagar a taxa condominial vinculada não à pessoa do condômino, mas à unidade autônoma, também o dever de quitação e a penalidade advinda do seu descumprimento estão relacionados a cada unidade. 6. O fato de um condômino ser proprietário de mais de uma unidade autônoma em nada altera a relação entre unidade isolada e condomínio. 7. Se o condômino está quite em relação a alguma unidade, não pode ter seu direito de participação e voto - em relação àquela unidade - tolhido. 8. Negado provimento ao recurso especial. (STJ - REsp: 1375160 SC 2013/0083844-5, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/10/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/10/2013)

3. 1. 5. Anulatória de assembléia de condomínio Pluralidade de réus Procuradores diferentes Prazo em dobro Benefício observado Alegação de nulidade da assembléia de condomínio e do instrumento de convocação para ela Deliberação relativa à substituição dos gradis e dos portões Nulidades não configuradas Não alteração da fachada Obra feita em área comum Preservação dos interesses da coletividade, motivada pela necessidade de garantir melhores condições de segurança ao edifício Aumento e melhora do uso do edifício (CC, art. 96, par.2º) Melhoria que constitui benfeitoria útil Inexigibilidade de quorum especial Deliberação que depende do voto da maioria dos condôminos (CC, art. 1.341, inc. II) Segunda convocação - Decisão tomada pelo voto da maioria dos presentes (CC, art. 1.353) Validade Ato convocatório que faz expressa referência à substituição dos portões e gradis Ausência de irregularidade Apelo desprovido. (TJ-SP - APL: 1139786320118260100 SP 0113978-63.2011.8.26.0100, Relator: Milton Carvalho, Data de Julgamento: 02/02/2012, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/02/2012)

3. 2. Administrador, requisitos pessoais e forma de eleição.

3. 2. 1. Decisão: Vistos Marta Helena de Oliveira interpõe agravo de instrumento contra a decisão que não admitiu recurso extraordinário assentado em contrariedade ao artigo 5º, incisos XXXV, LV e LXXIV, da Constituição Federal. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim do: “AGRAVO INOMINADO. MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PROCEDIMENTO BIFÁSICO. MANIFESTO INTERESSE DE AGIR CONSISTENTE NO DIREITO DO CONDOMÍNIO DE EXIGIR A PRESTAÇÃO DE CONTAS DA SÍNDICA NA GESTÃO ANTERIOR E NO DEVER DESTA EM PRESTÁ-LAS. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO EM JUÍZO DAS CONTAS NA FORMA MERCANTIL. DECISÃO QUE SE MANTÉM. Procedimento bifásico da Ação de Prestação de Contas em que, primeiro, afere-se a existência do dever de prestar contas e, segundo, se as contas prestadas encontram-se corretas. Ré que na condição de síndica em anterior gestão junto ao Condomínio/autor tem o dever de prestar contas, assim como tem o demandante

o direito de exigí-los na forma do artigo 914 do Código de Processo Civil. Interesse de agir manifesto. Documentação apresentada que não atende a exigência legal constante do artigo 917 do Código de Processo Civil, no sentido de que as contas sejam apresentadas na forma mercantil. Inocorrência de cerceamento de defesa. Desprovimento do recurso”. Decido. Anote-se, inicialmente, que o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão publicado após 3/5/07, quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal haver trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do artigo 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá “quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão”. Não merece prosperar a irresignação, haja vista que a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que afronta aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependente de reexame prévio de normas infraconstitucionais, seria indireta ou reflexa. Nesse sentido, anote-se: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. DESPESAS CONDOMINIAIS. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Impossibilidade da análise da legislação infraconstitucional e do reexame de provas na via do recurso extraordinário. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as alegações de afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar apenas ofensa reflexa à Constituição da República” (AI nº 594.887/SP–AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 30/11/07). “AGRAVO DE INSTRUMENTO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO - RECURSO IMPROVIDO. O Supremo Tribunal Federal deixou assentado que, em regra, as alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do recurso extraordinário. Precedentes” (AI nº 360.265/RJ–AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 20/9/02). Por outro lado, o Tribunal de origem decidiu a controvérsia posta nestes autos com base na legislação infraconstitucional pertinente e no conjunto probatório carreado aos autos, cujo reexame é vedado em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 14 de março de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente (STF - AI: 829163 RJ, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 14/03/2012, Data de Publicação: DJe-056 DIVULG 16/03/2012 PUBLIC 19/03/2012)

3. 2. 2. Agravos Retidos Interposição pelo réu Reiteração em apelação Responsabilidade do síndico pelos atos da administradora, nos termos da Convenção do Condomínio Conselho fiscal não possui controle repressivo sobre a atuação dos administradores, mas mera função de fiscalização Legitimidade ativa do condomínio e não dos condôminos Agravos Não Providos. Cerceamento de Defesa Não configuração Conjunto probatório suficiente para o encerramento da instrução Ausência de realização de audiência que representa consequência lógica do julgamento no estado Preliminar afastada. Administração de Condomínio Imputada prática de irregularidades pelo réu na função de síndico Laudo pericial a apontar para a efetiva existência de prejuízos financeiros sofridos pelo autor Responsabilidade objetiva do síndico pelos atos da administradora, por força da Convenção do Condomínio e da Lei nº 4.591/64, vigente à época dos fatos Montante dos danos materiais já apurado, sendo desnecessária a realização de nova perícia em sede de liquidação Majoração do percentual dos honorários advocatícios para 15% - Adequação para que incida sobre o valor da condenação, e não da causa, para melhor atender ao disposto no artigo 20, § 3º, do CPC DOS RECURSOS, NÃO PROVIDO O DO RÉU E PROVIDO O DO AUTOR. (TJ-SP - APL: 9172157792007826 SP 9172157-79.2007.8.26.0000, Relator: Elcio Trujillo, Data de Julgamento: 04/12/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/12/2012)

3. 2. 3. Ação de prestação de contas. Condomínio. Dever de prestar contas, por parte do síndico, à assembléia, e não a cada condômino individualmente. Manutenção da sentença de extinção do processo sem

resolução do mérito por seus próprios e jurídicos fundamentos. Artigo 252 do RITJSP. Apelo não provido. (TJ-SP - APL: 1215195020118260100 SP 0121519-50.2011.8.26.0100, Relator: Roberto Maia, Data de Julgamento: 06/11/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 07/11/2012)

3. 3. Regulamento interno: votação, conteúdo etc..

3. 3. 1. Condomínio Cobrança de multas aplicadas a condômino por desrespeito aos deveres impostos pela convenção e regimento interno Penalidade decorrente da circulação de animais soltos (cães) em área comum do condomínio é devida, pois conduta implicou violação a norma condominial para a qual foi estipulada multa a ser aplicada diretamente pelo síndico Previsão do regimento interno que encontra respaldo no § 2º do art. 1.336 do Código Civil Imperiosa, todavia, a redução de uma das multas aplicadas a este título, em observância ao teto imposto pela Lei de 05 vezes o valor de uma taxa condominial Multa por direção de quadriciclo por menor de idade também é admissível Conduta, além de caracterizar violação ao CTB, desrespeita norma expressa do condomínio Descabimento, porém, da cobrança de multa por uso irregular de campo de futebol Inexistência de prova segura nos autos de que o espaço foi utilizado para evento exclusivo por parte do réu Parcial provimento dos recursos que não implica alteração na distribuição da sucumbência Recursos parcialmente providos.

(TJ-SP - APL: 9154200942009826 SP 9154200-94.2009.8.26.0000, Relator: Francisco Loureiro, Data de Julgamento: 10/05/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/05/2012)

3. 3. 2. Condomínio em Edifício Uso de áreas comuns (área de recreação infantil e piscinas) Frequencia por netos de moradores, menores de idade Possibilidade Regulamento interno permitindo o uso por filhos menores e menores mantidos sob a guarda de condôminos, vedado o uso por pessoas estranhas, exceto visitantes (área de recreação) e por familiares (piscinas) Interpretação conforme os princípios do regulamento, no interesse do condômino (considerada a situação de fato e de direito em que se acham os menores) e da comunidade condominial Interdito proibitório (contra o ato proibitivo do condomínio) Procedência Sentença que assim decide, mantida. Apelação não provida. (TJ-SP - APL: 9217620782006826 SP 9217620-78.2006.8.26.0000, Relator: João Carlos Saletti, Data de Julgamento: 19/06/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 20/06/2012)

3. 3. 3. CONDOMÍNIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER PARA PERMITIR O USO DA SALA DE GINÁSTICA POR EMPREGADO DO CONDÔMINO.1. Os direitos exclusivos dos condôminos e moradores ao uso da sala de ginástica não são extensivos aos seus empregados, ainda que, por conveniência, estes venham a residir no local de trabalho, porquanto há vedação expressa na Convenção quanto à permanência de empregados dos condôminos ou moradores nas áreas comuns, embora não conste expressamente do regulamento a proibição de uso da sala de ginástica por ?moradores empregados?. No caso, enquadram-se no conceito de ?moradores?, nos termos do Regulamento e da Convenção mencionados, as pessoas detentoras de direitos sobre a unidade condominial, como, por exemplo, os locatários, os comodatários, etc. A autora, no caso, não tem nenhum direito sobre a unidade condominial, apenas reside junto com seus empregadores, benefício que lhe é concedido em decorrência do contrato de trabalho. 2. É lícito ao Condomínio restringir o uso dos equipamentos e áreas comuns a determinadas pessoas, segundo a vontade da maioria dos condôminos expostas na Convenção e no Regulamento Interno do Condomínio.3. Ausente qualquer conduta ilícita por parte do réu, não há obrigação de indenizar os danos morais pleiteados pela autora.Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido. (TJ-SP - APL: 94877820118260011 SP 0009487-78.2011.8.26.0011, Relator: Carlos Alberto Garbi, Data de Julgamento: 06/12/2011, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/12/2011)

3. 3. 4. Ação cominatória. Alteração de fachada introduzida por condômino, consistente no nivelamento do piso da sacada e remoção da porta que separava a sala de visitas da varanda. Contrariedade à estipulação contida em convenção e regulamento interno de condomínio, decisão assemblear e normas legais (artigo 1.336, inciso III, do Código Civil e artigo 10, § 2º, da Lei 4591/64). Perícia comprobatória da alteração de fachada. Fixação de prazo para cumprimento da obrigação. Recurso parcialmente provido, apenas para essa finalidade. (TJ-SP - APL: 1501553420088260002 SP 0150155-34.2008.8.26.0002, Relator: Edson Luiz de Queiroz, Data de Julgamento: 23/11/2011, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 23/11/2011)

3. 4. As partes comuns e sua utilização.

3. 4. 1. Agravo de Instrumento Ação de obrigação de não fazer para que o agravante se abstenha de estacionar duas motos de sua propriedade em área comum do imóvel mantido em condomínio com a agrava-

da Liminar concedida, com cominação de multa diária - Alegado descumprimento da ordem judicial Execução da multa diária deferida Falta de comprovação do descumprimento da ordem judicial nos dias indicados Decisão reformada - Recurso provido. (TJ-SP - AG: 2135956820128260000 SP 0213595-68.2012.8.26.0000, Relator: Luis Fernando Nishi, Data de Julgamento: 29/11/2012, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/11/2012)

3. 4. 2. OBRIGAÇÃO DE FAZER CONDOMÍNIO Alteração de fachada Instalação de vidro atrás de rede de proteção Área comum Impossibilidade de modificação sem anuência de todos os condôminos Inteligência dos art. 10, inc. I, e § 2º, da L. nº 4.591/64; e, dos art. 1.336, inc. III, e 1.351, ambos do CC - Incabível aplicação na espécie do art. 5º, da LINDB Sentença mantida Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 879795920078260000 SP 0087979-59.2007.8.26.0000, Relator: João Batista Vilhena, Data de Julgamento: 31/07/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/08/2012)

3. 4. 3. OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM AÇÃO COMINATORIA - Pleito ajuizado por condomínio em face de condômina que ocupa, de modo exclusivo, área comum - Condômina que não demonstrou a propriedade da área - Área de uso comum do condomínio - Sentença procedente. Recurso exclusivo da ré. Preliminares: a) nulidade da sentença por rejeição da denunciação à lide do ex-marido da ré: Rejeição. Objeto da ação que trata da posse e uso exclusivo, pela ré, de área comum. b) nulidade da sentença por cerceamento defensivo. Rejeição. Julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil. Mérito: Pleiteia que seja reconhecida a aquisição do domínio da área pela ré, por usucapião - Descabimento. Inadmissibilidade de inovação de pedido em sede de recurso - Manutenção da sentença - Recurso desprovido (TJ-SP - APL: 1888652320088260100 SP 0188865-23.2008.8.26.0100, Relator: Sebastião Carlos Garcia, Data de Julgamento: 15/09/2011, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/09/2011)

3. 5. Os serviços prestados no condomínio.

3. 5. 1. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INSTALAÇÃO DE SISTEMA DE MEDIÇÃO INDIVIDUAL DE ÁGUA E GÁS NO CONDOMÍNIO AUTOR. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Pedido de ressarcimento de valor despendido com a realização do serviço por terceiro, que somente pode ser acolhido com a devida comprovação de que houve o efetivo pagamento de tal quantia. Prova que se faz mediante recibo. Nota fiscal eletrônica que somente demonstra a prestação do serviço. Incabível, no caso, indenização por danos morais por ser o condomínio autor ente despersonalizado e não passar por nenhum dissabor por conta do inadimplemento contratual. Ofensa à honra ou imagem do condomínio não demonstrada. Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 316315020098260000 SP 0031631-50.2009.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 24/07/2012, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/07/2012)

3. 5. 2. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE ELEVADORES CONDOMÍNIO - DESTINATÁRIO FINAL DO SERVIÇO PRESTADO HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO INCLUÍDOS NO ÂMBITO DA MANUTENÇÃO INTEGRAL CONTRATADA AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO PRÉVIO OU DE SUA APROVAÇÃO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DISPOSTO NO ART. 39, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR CONTRAPRESTAÇÃO INDEVIDA SENTENÇA MANTIDA. - Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 1161252920068260006 SP 0116125-29.2006.8.26.0006, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 15/12/2011, 36ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 15/12/2011)

3. 5. 3. Prestação de serviços advocatícios - Cobrança - Preliminares afastadas - Legitimidade "ad causam" das partes - O Condomínio, para o qual foram prestados os serviços advocatícios é parte passiva legítima, ainda que a contratação tenha sido efetivada entre a administradora e o escritório de advocacia do qual a advogada faz parte. - Verificação de que o condomínio foi o beneficiário dos serviços de cobrança prestados pela advogada. - Desnecessidade de todos os advogados constantes da procuração integrarem o polo ativo, na medida em que, tratando-se de credores solidários, cada um pode individualmente cobrar o débito em sua totalidade, conforme a dicção do art. 898 do Código Civil de 1916, regra repetida no art. 267 do atual Código. - Afastada a extinção do feito, por ilegitimidade passiva. - Prosseguimento do julgamento na forma do art. 515, § 3º do CPC. - Afastada a alegação de inépcia da inicial - Possibilidade de arbitramento de honorários nos termos do art. 22, § 2º da Lei 8.906/94, estando presentes os elementos nos autos para

a competente fixação, tomando-se como parâmetro a tabela da OAB - Adequação da via processual eleita. - Aplicação do percentual de 10% do valor do proveito econômico obtido pelo cliente nas ações judiciais patrocinadas pela advogada. - Sentença reformada - Recurso provido, v.u.. (TJ-SP - APL: 992060616449 SP , Relator: Manoel Justino Bezerra Filho, Data de Julgamento: 18/10/2010, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/10/2010)

3. 5. 4. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE TELEFONIA EM UNIDADES CONDOMINIAIS - AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C DEVOLUÇÃO DE QUANTIA PAGA E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - - INSTALAÇÃO DE SISTEMA DIVERSO DO CONTRATADO - CULPA DA RÉ IDENTIFICADA - RESCISÃO DO CONTRATO REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES - SENTENÇA MANTIDA - APELAÇÃO IMPROVIDA 1. Requerida por ambas as partes o desfazimento do negócio, de rigor a rescisão do contrato. 2. Demonstrada nos autos a culpa da ré que forneceu aos autores terminal telefônico diverso do contratado sem, contudo, provar a necessidade da alteração e inobservando a forma escrita do contrato, de ser mantida a r. sentença que, desconstituindo os negócios jurídicos, determinou a devolução as quantias pagas. 3. Pelas razões acima expostas e verificada a impossibilidade dos condôminos defenderem em nome próprio os interesses do condomínio, a improcedência da reconvenção é medida que se impõe. >

(TJ-SP - CR: 946561000 SP , Relator: Norival Oliva, Data de Julgamento: 04/02/2009, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/02/2009)

3. 6. Despesas comuns.

3. 6. 1. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO EM HASTA PÚBLICA. DESPESAS CONDOMINIAIS ANTERIORES À AQUISIÇÃO DO IMÓVEL. DÍVIDA NÃO MENCIONADA NO EDITAL. SUB-ROGAÇÃO SOBRE O PRODUTO DA ARREMATACÃO. RESERVA DE VALORES. 1. As dívidas condominiais anteriores à alienação judicial – não havendo ressalvas no edital de praça - serão quitadas com o valor obtido com a alienação judicial do imóvel, podendo o arrematante pedir a reserva de parte desse valor para o pagamento das referidas dívidas. 2. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1092605 SP 2008/0214562-8, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 28/06/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2011)

3. 6. 2. APELAÇÃO AÇÃO DE COBRANÇA DÍVIDA DE CONDOMÍNIO DEVER DE CONTRIBUIR Obras de revitalização da fachada do edifício Benfeitoria que a todos aproveita Convenção condominial que prevê a responsabilidade dos condôminos pelas despesas comuns para a manutenção do condomínio, excluindo as lojas apenas das despesas que não se utilizam Valores cujo rateio e cobrança foram devidamente aprovados em Assembleia Geral, órgão soberano do condomínio, inserida por força de Lei (Lei nº 4.591/1964) Cobrança condominial decorrente de Lei Requisito para manutenção do edifício Correção Monetária A partir do vencimento de cada parcela Correção de ofício Negado provimento ao recurso. (TJ-SP - APL: 9210186672008826 SP 9210186-67.2008.8.26.0000, Relator: Hugo Crepaldi, Data de Julgamento: 15/08/2012, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/08/2012)

3. 6. 3. CONDOMÍNIO. DESPESAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO COMPROMISSÁRIO VENDEDOR, AINDA QUE NÃO REGISTRADO O INSTRUMENTO. CARÊNCIA RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. Sendo o compromisso de venda e compra do efetivo conhecimento do Condomínio, o que se tem por demonstrado nos autos, ainda que não registrada a respectiva escritura, é exclusiva do promissário comprador, a partir da entrada na posse, a responsabilidade pelo pagamento das despesas condominiais. (TJ-SP - APL: 143345420098260477 SP 0014334-54.2009.8.26.0477, Relator: Armando Toledo, Data de Julgamento: 27/11/2012, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/11/2012)

3. 6. 4. APELAÇÃO. CONDOMÍNIO EDILÍCIO. DESPESAS COMUNS. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. As despesas condominiais constituem obrigação propter rem, que, por isso, vincula o adquirente, qualquer que seja o seu título, pelos débitos anteriores à aquisição, mesmo em caso de arrematação do imóvel em hasta pública. No entanto, se o produto da arrematação não foi bastante para quitar o débito, pelo saldo não responde o arrematante, que recebe o bem arrematado livre do encargo, responsável apenas pelas despesas posteriores à assinatura do auto de arrematação. Recurso provido em parte. AGRAVO RETIDO. INSURGÊNCIA CONTRA CONCESSÃO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. A decisão que defere a uma das partes a gratuidade de justiça não é recorrível pela outra, que tem de valer-se do procedimento adequado de impugnação previsto em Lei própria. Recurso não conhecido. (TJ-SP - APL: 992090338471 SP , Relator: Gilberto

4. Originalidades em a nova lei italiana

1. A legislação vigorante a partir junho de 2013 trouxe surpreendentes inovações, definições e sugestões para a vida condominial, e criar ambientes propícios ao bem estar.

2. Relevam-se as seguintes:

2. 1. Os barulhos e rumores que perturbam.

2. 1. 1. Os decibéis: a unidade de medida do rumor ou barulho. O limite da tolerabilidade é mensurado em relação ao caso concreto.

2. 2. Quem tutela?

2. 2. 1. Se o administrador não intervém, pode-se ingressar no juizado de “paz” equivalente ao juízo de pequenas causas.

2. 3. Crime: pode ser considerado o tipo criminal, se os rumores perturbam o repouso e a ocupação das pessoas.

2. 4. Perícia fonométrica.

2. 4. 1. Existem site na Internet das Agências REGIONAIS PARA A PROTEÇÃO AMBIENTAL, por exemplo, www.arpalombardia.it, www.arpalazio.it e www.arpa.sicilia.it.

2. 5. Normas.

2. 5. 1. A lei fundamental sobre as perturbações acústicas é a 447 de 26/10/1995 e seu regulamento de atuação foi promulgado em 14/11/1997 conhecido como DCPM. Enfim, nós estamos sempre diante da prescrição do artigo 844 do Código Civil, em a nova redação.

2. 6. **Portaria dos edifícios.**

2. 6. 1. A instituição desse serviço condominial é bem caracterizada dada a excepcionalidade desse mesmo serviço. Unicamente é adotada por edifícios de alta categoria que corresponde ao nível mais elevado dos bens materiais dos seus habitantes. Para sua instituição é suficiente o voto favorável da maioria dos intervenientes à assembléia, na representação de pelo menos 500/1000 (a maioria dos intervenientes e ao menos 667/1000 nos outros).

2. 6. 2. Supressão

2. 6. 2. 1. Para que a portaria seja suprimida e os serviços não mais prestados é necessária uma assembléia o voto favorável da maioria dos intervenientes com representação de, pelo menos, 500/1000.

2. 7. Divisão das despesas desse serviço

2. 7. 1. É baseada nos milésimos da propriedade, salvo disposição acordada diversamente.

2. 8. **Como se aplicam os pagamentos desse serviço aos locatários?**

2. 8. 1. O inquilino paga 90% e o proprietário os restantes 10%.

2. 9. Normas aplicáveis aos funcionários que prestam esse serviço nas portarias.

2. 9. 1. Diferenciam-se dos demais, porque se trata de uma outra categoria profissional que é regida por contratos coletivos bianuais.

2. 10. **O supercondomínio.**

2. 10. 1. A reforma veio a disciplinar uma realidade presente na República Italiana que existia há vários anos dentro do panorama do mercado imobiliário. Esse fato jurídico era conhecido como supercondomínio, que não foi disciplinado pela Lei e muito menos admitido pela jurisprudência. Com isso, foi criado um ordenamento jurídico especial, sobretudo para o funcionamento da assembleia desta megaestrutura na qual existia pelo menos sessenta participantes.

2. 10. 2. Que é o supercondomínio? Passou-se, costumeiramente, a se admitir como supercondomínio quando vários edifícios, estruturalmente autônomos e pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas diferentes, usufruem, pela própria utilização e pelo próprio gozo de obras de serviços comuns ainda que sejam eles estruturalmente separados. Por exemplo: portaria, vias de acesso, parques internos, sistemas de calefação e outros, de TV, locais esportivos em geral etc..

2. 10. 3. O supercondomínio, em suma, é um conjunto de vários condomínios, cada um instituído com formato de um certo número de condôminos.

2. 10. 4. Que normas se aplicam ao supercondomínio?

2. 10. 4. 1. A ele, a mesma normativa que disciplina o condomínio “in genere” (artigos 1117-bis do Código Civil).

2. 10. 5. A assembléia do supercondomínio e quem pode dela participar.

2. 10. 5. 1. Extremamente complexa a normativa do funcionamento dos supercondomínios e, pela própria natureza deste escrito, deveremos apenas indicar alguns dados relevantes, a saber a) segundo a Suprema Corte Italiana é nula a cláusula do regulamento do supercondomínio que atribui o direito de participar na assembléia somente aos administradores dos vários edifícios; b) é também nula qualquer disposição que isso preveja se for inserida no regulamento que, na verdade, é um contrato; c) nula também a cláusula do regulamento que dispuser que a assembléia participe para cada edifício em um único representante dos demais. Se, ao invés, os participantes do supercondomínio na assembléia são mais de sessenta – e aí que está uma das complexidades –, cada condomínio deve designar, com o voto favorável da maioria dos intervenientes na assembléia, na representação de, pelo menos 667 milésimos, o próprio representante no evento para a gestão das partes comuns e para a indicação do administrador. As demais hipóteses de presença e ausência etc., que indicam desavença entre os condomínios devem ser levadas à autoridade judicial. Também é muito complexa se a representação de um dos condomínios encontra limites aos seus poderes conferidos para comparecer na assembléia e também muito discutida nos tribunais como se deve calcular a maioria na assembléia dos supercondomínios.

2. 11. **Os milésimos.**

2. 11. 1. Como se calculam a tabela dos milésimos no supercondomínio?

2. 11. 1. 1. Devemos levar em conta que a construção legislativa italiana é complexa e, dificilmente, a não ser quando há forte interesses políticos, o consenso é acolhido em sua elaboração. Às vezes chama a atenção e até causa espanto certos pormenores que o legislador insere na norma ou nas normas, para que a interpretação não seja objeto de discussões e levadas ao Poder Judiciário que é também moroso, custoso e complicado.

2. 11. 1. 2. Os juristas Massimo Fracaro e Germano Palmieri, com precisão, respondem ao questionamento que se faz na Península e o fazem com esta didática redação: “Para pontualizar as tabelas milésimas do supercondomínio se devem elaborar com duas distintas tabelas: uma que se refere ao valor de cada edifício em relação ao inteiro complexo e uma própria de cada edifício (Cassazione 16/02/1996, n. 1206). Se, pois, o supercondomínio for incrementado no tempo por novos edifícios as tabelas milésimas serão atualizadas, via a via, quando as novas construções sejam terminadas, sendo que os respectivos proprietários levarão em conta que a partir daí o pagamento das contribuições condominiais devem ser feitos. Durante o período da construção, em contrário, se por causa dos trabalhos for provocada a ocupação ou uso das partes condominiais (por exemplo, ruas, praças) pode-se concordar com o pagamento de uma indenização aos atuais proprietários, eventualmente confiando-se à quantificação a um técnico designado pelas partes.” (Fraccaro, Palmieri, Instant Book Corriere Della Sera, 2013, p. 95).

5. Conclusão

1. O distinto e renomado jurista calabrês Stefano Rodotà escreveu uma síntese magistral dos 150 anos da luta pelos direitos em seu país e, já no frontispício do seu livro, intitulado “A Luta Pelos Direitos”, confirma: “A liberdade e os direitos acompanham o nascimento do cidadão moderno, definem uma ordem política e simbólica, inteiramente nova entre resistências e hesitações. Certamente: os nostálgicos e os teóricos de toda a ordem comunitária ou hierárquica a recusam; e uma repulsa seja bem conhecida advém de quem processa um realismo político sem amparos e isto aborrece aos formuladores dos ‘pseudo-conceitos’ jurídicos e os coloca em guarda contra as seduções das declarações dos direitos” (RODOTÀ, Donzelli, 2011, p. VII).

2. Com efeito, é necessário uma grande confiança para afirmar os direitos nos tempos difíceis em que vivemos, isto é, o esforço pela liberdade, esforço concretíssimo de mulheres e homens, como testemunho contínuo.

3. Procuramos, com esse escrito, dirigi-lo para uma nova concepção de direito comparado que inova a metodologia.

4. Tentamos escapar do pensamento único que, lamentavelmente, vem orientado os trabalhos em direito comparado para o sistema norte-americano, que é alienígena à nossa cultura jurídica, tradição e história. Seguir o modelo norte-americano é o must ... para muitos.

Currículo do autor: Jayme Vita Roso é bacharel em direito pela Faculdade de Direito da USP São Paulo - e tem mestrado em Bioética, Cidadania e Direito Ambiental pela Faculdade Salesiana de Lorena (São Paulo).

É membro da OAB/SP (Ordem dos Advogados) e foi Conselheiro Estadual e Federal da OAB; da AASP (Associação dos Advogados de São Paulo). Foi Conselheiro do IASP (Instituto do Advogados de São Paulo) e Conselheiro Estadual e Federal da OAB.

Participa também da Federação Inter Americana de Advogados, da qual já foi Conselheiro, desde 1969, de quem recebeu vários prêmios por livros publicados, trabalhos e participações, além de sê-lo da Illinois State Bar Association, desde 1971 (Jubilado).

É titular do escritório Vita Roso Auditoria Jurídica. Sobre o assunto auditoria jurídica, já escreveu diversos livros. Sua mais recente obra é “Auditoria Jurídica para Sociedade Líquida Brasileira”. É autor de 16 títulos, diversas publicações jurídicas, políticas e sociais.

É ambientalista militante.

Mini currículo da pesquisadora, que colaborou para este ensaio, Daniela Ataíde Moraes: advogada formada pela Universidade Nove de Julho em 2010, é inscrita na OAB/SP sob o nº 312.826. Atua nas áreas de Direito Empresarial, Civil e do Consumidor. Membro da Comissão de Direito Humanos da OAB - Subseção Santana (bairro de São Paulo, capital).

6. Bibliografia consultada

ALEXANDRE GUERRA; MARCELO BENACCHIO. Direito imobiliário brasileiro novas fronteiras na legalidade constitucional. São Paulo Quartier Latin, 2011, 1280 páginas.

CAMARA, HAMILTON QUIRINO. Condomínio edilício – manual prático com perguntas e respostas. LUMEN JURIS, 2010, 612 páginas.

CARTA, Marco. NOBILI, Sara. Calcolo Energetico Degli Edifici, Grafill, Palermo, 2010, 284 páginas

CARVALHO, LUIS BATISTA PEREIRA DE; JUNQUEIRA, GABRIEL JOSÉ PEREIRA. Manual prático do condomínio. Mundo Jurídico, 2013, 462 páginas.

CLARK, D. S. Comparative Law and Society. Virgínia: Willamette Universisty, 2012, 480 páginas.

DE LIMA, FREDERICO HENRIQUE VIEGAS. Condomínios em edificações. Saraiva, 2010, 214 páginas.

DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES. Tratado de direito privado – condomínio e incorporação. Editora RT, 2012, 768 páginas.

DE NOVA, G. Codice civile e leggi collegate: Costituzione, Trattati EU e FUE, Codice civile, Leggi collegate. 14 volumes. Milão: Zanichelli, 2013.

FAZANO, HAROLDO GUILHERME VIEIRA. Condomínio – aspectos teóricos e práticos. JH Mizuno, 2009, 588 páginas.

FRACARO, M. PALMIERI, G. La riforma del condominio: dai doveri dell'amministratore ai poteri dell'assemblea: tutto quello che cambia con la nuova legge. Milão: Instant Book Corriere Della Sera, 2013, 144 páginas.

GASPARETTO, EVELYN ROBERTA; GUIDON, CRISTINA MUCCIO. Administrando condomínios. Servanda, 2012, 512 páginas.

KOJRANSKI, NELSON. Condomínio edilício. GZ Editora, 2010, 266 páginas.

LUNGHINI, G. Conflito crisi incerteza: la teoria economica dominante e lê teorie alternative. Torino: Bollati Boringuieri, 2012, 138 páginas.

LUZ, ORANDYR TEIXEIRA. Evolução histórica do condomínio edilício. Scortecci Editora, 2013, 296 páginas.

MALUF, CARLOS ALBERTO DABUS. O condomínio edilício no novo código civil. Saraiva, 2009, 230 páginas.

MELLO, CLEYSON DE MORAES. Condomínio. Freitas Bastos, 2012, 648 páginas.

MONATERI, P. G. Methods of Comparative Law. Turin: University of Turin, 2012, 352 páginas.

OLIVEIRA, FREDERICO ABRAHAO DE. Manual dos condomínios. Notadez, 2009, 266 páginas.

PARISI, F; GINSBURG, T. Research Handbooks in Comparative Law Series. Volumes. Minnesota: University of Minnesota, Bologna: University of Bologna, Chicago: University of Chicago.

PEREIRA, CAIO MARIO DA SILVA. Condomínio e Incorporações. Forense 2013, 504 páginas.

PIN, A; VETTOEL, A. La riforma dei diritti: mutamenti sociali e nuovi scenari giuridici. Padova: Marcianum Press, 2013, 185 páginas.

PRATES, CLYDE WERNECK. Manual prático do condomínio. Jurua, 2012, 216 páginas.

QUEIROZ, LUIZ FERNANDO DE. Condomínio em foco – questões do dia a dia. Bonijuris, 2012, 288 páginas.

RACHKORSKY, MÁRCIO. Tudo o que você precisa saber sobre condomínio. Saraiva, 2009, 63 páginas.

RINALDI, Maurizio Biolcati, La Sicurezza nei Cantieri, Edizione Giuridiche Simone, Napoli, 2009, 363 páginas

RODOTÀ, S. Diritti e liberta nella storia d'Italia: Conquiste e conflitti 1861-2001. Roma: Donzelli editore, 2011, 163 páginas.

SANTOS, OZÉIAS J. Inquilinato e condomínio. Vale do Mogi, São Paulo: Santa Cruz da Conceição, 2010, 1381 páginas.

TABOSA FILHO, MÁRIO. Gestão de condomínio. SENAC, São Paulo, 2011, 466 páginas.

VIANA, MARCO AURELIO DA SILVA. Manual do condomínio edilício. Forense, 2009, 210 páginas.

DEVER DO ESTADO DE DIVULGAR, À LUZ DO INCISO VIII, ARTIGO 4º, DA LEI Nº 14.335, DE 14 DE JULHO DE 2011, QUE CRIOU O PROGRAMA GOVERNO PRESENTE DE AÇÕES INTEGRADAS PARA CIDADANIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO.

Marta Tereza Araújo Silva

Pós-graduada em Direito Administrativo e Constitucional, pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, concluiu a Escola Superior da Magistratura do Trabalho – ESMATRA e a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape, Advogada, graduada em Direito, pela Faculdade de Direito de Olinda, Professora do Curso de Graduação, em Direito, da Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino – SOPECE, Ex-Professora do Curso de Graduação, em Ciências Contábeis, da Faculdade de Ciências Humanas – ESUDA, Articuladora de Políticas Públicas Integradas do Estado de Pernambuco.

Sumário:

1. Introdução. 2. Fundamentos e Objetivos da Constituição do Brasil. 3. Direito à Informação. 4. Dever do Estado de Divulgar. 5. Programa Governo Presente de Ações Integradas para a Cidadania. 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

Resumo:

A Carta Magna do Brasil consagra, em seu bojo, como fundamentos e objetivos a perseguir: vida digna com justiça social e a garantia do direito à informação. O dever do Estado de informar tem adesão em vários documentos jurídicos nacionais e internacionais, os quais estão permeados pelos princípios da divulgação máxima, da obrigação de publicar e da publicidade. Aliás, este último, inclusive, elevado a status constitucional brasileiro. Cabe, portanto, ao Estado promover e criar estratégias e ferramentas de comunicação social, com o objetivo de divulgar as ofertas sociais relacionadas com as políticas públicas, as ações e programas sociais, especialmente, destinadas aqueles em situação de maior vulnerabilidade social. A Lei estadual nº 14.335/2011, que instituiu o Programa Governo Presente de Ações Integradas para Cidadania, no inciso VIII, art. 4º, contemplou as recomendações contidas em documentos normativos, inclusive internacionais, os anseios da doutrina e da jurisprudência ao normatizar, explícita e literalmente, a obrigação do Estado de Pernambuco de desenvolver e potencializar instrumentos de comunicação e difusão social, com o objetivo de divulgar as políticas públicas, ações e programas sociais de forma integralizada, participativa e universalizada.

Palavras-Chave: Direito à informação. Dever do Estado de divulgar. Princípios da divulgação máxima, da obrigação de publicar e da publicidade. Lei nº 14.335/2011 instituiu o Programa Governo Presente do Estado de Pernambuco, normatizou a obrigação do Estado de potencializar divulgação social.

Informação é poder, porém se tens tal domínio e não o divulgas, torna-te responsável pela ignorância alheia. (Ivan Teorilang)

1. Introdução

O presente texto, inicialmente, faz breve abordagem sobre os princípios e os objetivos fundamentais, focando nos institutos da dignidade da pessoa humana e da justiça social (arts. 1º, III e 3º, III), consagrados no corpo da Carta Magna brasileira.

Segue em suscita análise sobre o direito à informação que, igualmente, está previsto na Constituição do Brasil de 1988 (arts. 5º, XIV, XXXIII, 170, XVII, 193 e 205), bem como em vários documentos jurídicos internacionais, ratificados pelo Brasil, como direito fundamental.

Faz referências aos princípios da divulgação máxima, da obrigação de publicar e da publicidade, este último, elevado a status constitucional, os quais remetem ao Estado o dever de divulgar tudo que é de interesse público, notadamente, os benefícios sociais e políticas públicas, que visem a elevação da qualidade de vida, especialmente, dos estratos mais vulneráveis da população.

Detém atenção sobre o dever do Estado de potencializar estratégias de comunicação, construir instrumentos e ferramentas de divulgação máxima das políticas públicas, das ações e programas sociais com vista à consecução da garantia de exercício de direitos de forma universalizada e ressignificação das pessoas.

Por fim, o presente artigo, se debruça sobre o art. 4º, inciso VIII, da Lei estadual nº 14.335, de 14 de julho de 2011, que instituiu o Programa Governo Presente de Ações Integradas para Cidadania, a qual dentre os objetivo do Programa destaca-se a obrigação do Estado de: **“Desenvolver e potencializar instrumentos de comunicação e difusão social.”**

2. Fundamentos e Objetivos da Constituição do Brasil

O pensamento do poeta, Ivan Teorilang, **informação é poder, porém se tens tal domínio e não o divulgas, torna-te responsável pela ignorância alheia**, o qual é ementa do presente artigo, bem exprime os motivos pelos quais o Estado tem o dever de investir esforços, para promover e garantir direito à informação, através de divulgação mais plural e democrática.

Viver na ignorância é viver na escuridão. É viver uma realidade distorcida daquela que permeia o senso comum. É viver à margem da sociedade.

As situações de vulnerabilidade social, identificadas pelo poder público, requerem investimentos de políticas públicas integradas, permanentes e pluralizadas que visem a garantia de direitos, defesa social e desenvolvimento social sustentável.

As políticas públicas, as ações e os programas sociais são bens inestimáveis que devem ser conhecidos e acessíveis aos que mais necessitam, através de uma divulgação ampla e irrestrita, para que todos tenham acesso, se apropriem e vivam bem e felizes. Esse, certamente, é o desejo das pessoas.

A visão política de Aristóteles, filósofo grego, in Coleção a Obra-Prima de Cada Autor, Política (Aristóteles, 2010, p.21), resume o seguinte preceito:

“Todos aspiram viver bem e a felicidade”.

Cabe ao Estado promover e garantir condições efetivas de exercício de direitos e de vida digna para todos, a fim de que tais aspirações se concretizem.

O sentimento do indivíduo de que se encontra em situação inferior, em desprestígio e desigual é motivo para se estabelecer o sentimento de infelicidade, motivar a violência e a criminalidade, que causam a insegurança, tolhem a liberdade, desestabilizam a convivência social e compromete a paz.

A violência se abastece de qualquer combustível, como aquelas praticadas pela ação ou omissão das autoridades públicas, ao deixarem de promover meios que possam garantir às pessoas o efetivo exercício dos direitos básicos de cidadania, através da ignorância.

Sabe-se que a violência e a criminalidade são produtos das desigualdades, da distorção de valores éticos e culturais, do desenvolvimento social excludente, da ineficiência do papel do Estado em deixar de efetivar a garantia da universalização de direitos.

Ao logo dos anos organismos internacionais formularam documentos oficiais que contemplam reco-

mendações que prestigiam os direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância de tais direitos, a exemplo da Carta Universal dos Direitos Humanos, do Pacto San José da Costa Rica, do Pacto Internacional de Direito Civil e Político, os quais dispõem sobre os compromissos de adoção de medidas legislativas ou de outra natureza para a efetivação das garantias de direitos e liberdades.

Nesse diapasão a Constituição Federal do Brasil dispõe, como princípio fundamental da República do Brasil, dentre outros, a dignidade da pessoa humana.

O Professor constitucionalista, José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional Positivo, (SILVA, 1992, p.96) em sua exegese sobre a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) da Constituição Federal defende que:

“A dignidade da pessoa humana é valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”

A existência digna da pessoa humana se consolida a partir do amplo e efetivo exercício dos direitos fundamentais individuais; não sendo suficiente, tão somente, que enunciados normativos estejam previstos em dispositivos legais. É preciso que os conteúdos formais que dormem acalentados pela inércia de muitos, deixem seus berços, animem-se, ganhem vida e se materializem, continuamente, no seio da sociedade, pois é através da materialização da lei que ocorrerá o auferimento da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, a justiça social.

Em sintonia com o suso referido fundamento Magno foi que a Constituição do Brasil enunciou os objetivos fundamentais, contido no inciso III, do art. 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Tamanha é a relevância do conteúdo do enunciado retro que o legislador constituinte o prestigiou em outros dispositivos constitucional: Ordem Econômica e Financeira (art. 170), Ordem Social (art.193), Educação, Cultura e Desporto (art.205) e estendido ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (art.79), que previu viabilizar a todos os brasileiros o acesso a níveis de subsistência, então, regulamentado pela Lei Complementar 111/2001.

Cabe, portanto, ao Estado, em todo nível hierárquico, desenvolver mecanismos que assegurem o cumprimento do ditame constitucional, através da promoção de políticas públicas que assegurem a garantia de existência digna universalizada.

3. Direito à informação

O direito à informação é um direito fundamental de status internacional e vários documentos jurídicos que tratam dos direitos fundamentais das pessoas remetem a esse direito, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (arts. 19), do Pacto de San José da Costa Rica, da Carta Africana Sobre os Direitos Humanos e dos Povos (art. 9º), da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (art.10), da Organização dos Estados Americanos – OEA, a qual em suas assembleias emite Resoluções para os Estados nesse mister e da jurisprudência, cuja Corte Inter-americana de Direitos Humanos exarou sentença pioneira, no caso *Claude Reyes vs. Chile*, confirmando o acesso à informação como um direito humano básico.

A Constituição do Brasil de 1988, inspirada na evolução, a nível internacional, que o direito à informação atingiu nos últimos tempos contemplou em seu corpo o direito à informação (arts. 5º, XIV, XXXIII, 37, 220).

A melhor exegese sobre os dispositivos constitucional que se refere ao direito à informação, aplicada em todas as esferas de poder, deve ser extensiva à garantia do direito de acesso à informação, ao direito de receber a informação e ao dever do Estado de informar e divulgar.

A divulgação é o instrumento através do qual a informação se perfaz. Cabe, portanto, ao Estado promover, desenvolver e potencializar mecanismos de comunicação que contemplem estratégias de divulgação máxima das políticas públicas, dos programas e ações sociais de interesse geral da população, principalmente dos benefícios sociais voltados para combater e erradicar a pobreza e que visem a melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Os meios de comunicação das variadas mídias não têm sido suficiente para divulgar, clara e amplamente, as políticas públicas, os programas e ações sociais do Governo à camada da população de maior vulnerabilidade social.

A falta de divulgação e ou precarização das informações se constitui uma violação de direito fundamental, portanto, uma barreira que deve ser desafiada, a fim de que as políticas públicas sejam democratizadas e possa ocorrer o desenvolvimento social dos estratos mais vulnerável da população e, por conseguinte, a redução da desigualdade social e a conquista da dignidade.

No entendimento jurisprudencial vinculado do STJ onde se vislumbra a violação de um direito fundamental, também se alcançará, por consequência, uma inevitável violação da dignidade do ser humano.

A divulgação é um instrumento poderoso para a efetiva socialização das informações e condição sine qua non para o alcance da universalização de direitos e, por conseguinte, da redução da desigualdade social.

Cabe ao Estado incluir em sua agenda políticas públicas e, até mesmo, legislar sobre a necessidade de se potencializar a divulgação de informação de interesse da população, principalmente, as divulgações de informações de acesso e oportunidades, que, certamente, contribuem para a erradicação da pobreza, da marginalização e redução da desigualdade social.

4. Dever do Estado de divulgar

O diretor geral assistente do setor de comunicação e informação da UNESCO, Abdul Waheed Khan, ao prefaciá-lo Toby Mendel, em *Liberdade de Informação: um estudo de direito comparado* (MENDEL, 2009), se posicionou da seguinte forma:

“O livre fluxo de informações e ideias ocupa justamente o cerne da noção de democracia e é crucial para o efetivo respeito aos direitos humanos. É fundamental, para a garantia do livre fluxo das informações e das ideias o princípio de que os órgãos públicos detenham informações não para eles próprios, mas em nome do povo.”

As informações públicas devem ser entregues ao povo, através de concreta e ampla divulgação realizada pelo Estado. A retenção das informações de interesse público é um obstáculo para o crescimento e transformação das pessoas e, por conseguinte, um atraso no desenvolvimento social.

Citando a célebre frase proferida por, Abraham Lincoln, no discurso de Gettysburg, na democracia onde o interesse público enseja ser, do Povo, Pelo Povo, Para Povo, as informações públicas, por ser um direito básico de cidadania, devem transitar no meio do povo, de boca em boca, de porta em porta, pulverizada sobre a camada da população mais carente, para que os interessados, dela, se apropriem, porque a razão e o destino do conteúdo das informações públicas é a população.

A opinião global recepcionada por vários organismos estatais é de que o acesso à informação é um direito humano básico e um requisito para o exercício democrático. Portanto, para que esse direito seja efetivado, o Estado tem o dever de providenciar para que as informações de interesse do povo tenham divulgação máxima.

O dever do Estado de informar, como já foi dito, tem fundamento em diversos instrumentos internacionais e alguns dispõem exigências, para os Estados adotarem disposições formais nesse sentido, consoante se infere da Carta Universal dos Direitos do Homem, do Pacto San José da Costa Rica (art.2º) e do Pacto Internacional de Direito Civil e Político (art. 2º), que preveem tornar efetivos os direitos, através de criação de medidas, as quais o Estado se compromete a criar disposições de direito interno de divulgação:

“Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

O comando normativo remete à interpretação de que os ordenamentos jurídicos das nações devem estar permeados pelo **princípio da divulgação máxima, princípio da obrigação de publicar e princípio da publicidade**, este último, já se constitui um dos pilares da administração pública brasileira, literalmente, e ocupa status de excelência constitucional (art.37).

Sabe-se da importância dos princípios no mundo jurídico, principalmente, quando recepcionados em texto de Lei, pois adquirem força coercitiva.

Portanto, o Estado para garantir o efetivo direito à informação deve editar medidas legislativas permeadas por tais princípios.

A propósito, para a procuradora federal, do Distrito Federal, Cinthya de Campos Mangia, in seu artigo, Publicidade: dever estatal e direito subjetivo público (disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23928>>), a publicidade na administração pública não é um favor, nem mero dever do Estado, mas, um direito subjetivo público do cidadão.

“Deste modo, a publicidade deixou de ser favor e exceção, para constituir a regra sobre a qual se assenta a democracia moderna. Mais do que isto, ela passou de um mero dever do Estado, para ser um direito subjetivo público de todo cidadão, visto ser essencial para a legitimidade estatal e para o exercício efetivo da cidadania participativa, como delineada atualmente.”

Há uma adesão social no sentido de que o direito à informação, sendo imperativo de interesse público, se perfaz através de publicidade ampla e divulgação máxima.

Na opinião da procuradora federal o direito à publicidade, praticada pelo Estado, transcende a ponto de se tornar um direito subjetivo público do cidadão.

É dever do Estado, portanto, construir estratégias e mecanismos de divulgação máxima das políticas públicas, das ações e dos programas sociais com o objetivo de democratizar as informações.

A despeito da massificação tecnológica, da facilidade para a aquisição aos mais diversos tipos de equipamentos eletrônicos de mídia, do acesso aos mais diversos meios de comunicação, incluída aí todo tipo de mídia, as pessoas, ainda, se mantém desinformadas, notadamente, no que se refere ao acesso às informações de cunho sociais.

É preciso empenho do Estado em criar políticas para levar ao conhecimento da população as informações, principalmente, aquelas relacionadas a benefícios sociais de caráter transformador.

Nessa esteira foi que o Estado de Pernambuco concebeu a Lei nº 14.335, de 14 de julho de 2011, a qual instituiu o Programa Governo Presente de Ações Integradas para Cidadania, que tem dentre os seus objetivos “desenvolver e potencializar instrumentos de comunicação e difusão social (art.4º, VIII).

5. Programa Governo Presente de Ações Integradas para Cidadania

O Estado de Pernambuco sensível à necessidade de materializar o conteúdo dos textos legais, que dispõe sobre, a garantia da igualdade de oportunidades de forma universalizada, acesso às políticas públicas, aos programas e ações sociais, nas áreas de maior vulnerabilidade, com vistas ao combate da violência em todas as suas formas, legislou, no sentido de desenvolver e potencializar instrumentos de comunicação e de divulgação, como objetivo de democratizar o acesso às informações, através de divulgação máxima.

A Lei nº 14.335, de 14 de julho de 2011, que instituiu o Programa Governo Presente de Ações Integradas para Cidadania, tem por finalidade promover uma estratégia de prevenção social de combate da violência e de intervenção estruturadora de uma política integrada de desenvolvimento social nos territórios especiais de cidadania, através de um modelo interno de integração de política e encaminhamento, que con-

tribui para a distribuição correta dos programas e ações sociais, evitando a fragmentação e precariedade do acesso e oportunidade.

Para viabilizar esse modelo mais plural e democrático a Lei contempla dentre os seus objetivos o inciso VIII, artigo 4º, que dispõe sobre desenvolver e potencializar instrumentos de comunicação e difusão social:

“Art. 4º São objetivos do Programa:

[...]

VIII - desenvolver e potencializar instrumentos de comunicação e difusão social.”

O Programa Governo Presente é uma política de Estado que tem por objetivo democratizar o acesso e oportunidade do cidadão às políticas públicas oferecidas, pela via do desenvolvimento social sustentável, através de estratégia formal de divulgação estabelecida.

Pela égide da divulgação máxima o tecido social se apropriará do conhecimento, terá o domínio da informação, o acesso e oportunidade, o exercício efetivo dos direitos básicos para cortar o cordão umbilical da indignidade e da injustiça social.

A divulgação máxima da informação dará a camada social o poder do conhecimento e, por conseguinte, a libertação. Libertação da desinformação. Libertação da ignorância. Aquisição da emancipação da intermediação desnecessária e oportunista.

É anseio da doutrina e da jurisprudência que o Estado deve estar obrigado à divulgação das informações de interesse público por via legislativa, para garantir ao cidadão o efetivo exercício desse direito constitucional.

O Secretário Executivo da Agência de Notícias dos Direitos da Infância – NADI, Veet Vivarta, e a Coordenadora do Artigo 19 Brasil, Paula Martins, na apresentação do documento, Acesso à Informação e Controle Social das Políticas Públicas, coordenado por Guilherme Canela e Solano Nascimento, ressaltaram a necessidade de democratização do exercício de acesso à informação e da previsão legislativa para regulamentar sobre o dever e procedimentos do Estado para à divulgação das informações de interesse público (CANELA, Guilherme e NASCIMENTO, Solano. 2009), não obstante a previsão constitucional do direito à informação. Pela relação que, parte do conteúdo do texto, tem com o presente artigo, ora se transcreve.

“Conhecimento é poder”, afirmou Francis Bacon nos idos de 1605. A aceitação desta máxima implica no reconhecimento de que o acesso ao poder está diretamente relacionado ao acesso a informações. Difundir o conhecimento significa compartilhar e democratizar o poder. Restringi-lo, por sua vez, resulta na concentração do poder nas mãos daqueles que detêm o acesso a informações.

Assim, o exercício prático do princípio constitucional de que “todo poder emana do povo” está condicionado ao acesso da população ao conhecimento e à informação.

[...]

O direito à informação é o direito de todo indivíduo de acessar informações públicas, ou seja, informações em poder do Estado ou que sejam de interesse público. Embora a Constituição Federal brasileira proteja a liberdade de informação, o exercício deste direito no País é dificultado pela ausência de uma lei que regule obrigações, procedimentos e prazos para a divulgação de informações pelas instituições públicas.

A divulgação máxima das ofertas de cunho social é um instrumento de transformação que implicará no domínio do conhecimento, o qual contribuirá para o acesso às oportunidades e, por conseguinte, ao crescimento, valorização e ressignificação da pessoa humana, de forma universalizada.

O artigo 4º, inciso VIII, da Lei nº 14.335/2011, não somente, recepcionou os princípios da divulgação máxima e da obrigação de publicar, como também, prestigiou o clamor doutrinário e jurisprudencial quanto à falta de regulamentação sobre o dever do Estado de divulgar informação de interesse público.

O espírito do dispositivo, sob enfoque, é potencializar a difusão das informações, especialmente, as endereçadas aos estratos mais vulneráveis da população. Isso significa transferir o poder do conhecimento das mãos de

poucos para ser compartilhado com a população democraticamente.

6. Conclusão

Há uma adesão aos textos jurídicos, em diferentes esferas de poder, que dispõem sobre o direito fundamental de dignidade da pessoa humana e do direito à informação, como forma de garantir uma sociedade mais justa.

Nessa esteira a Lei Magna do Brasil prescreveu como objetivo fundamental para o resgate da dignidade da pessoa humana, erradicar a pobreza e a marginalização e a reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Políticas públicas, ações e programas sociais, certamente, são os antídotos indicados para debelarem os sintomas da pobreza, da marginalização, da violência, da criminalidade e, sobretudo, da falta de significação das pessoas.

Para atingir esses objetivos se faz necessário potencializar a divulgação das políticas públicas, das ações e benefícios sociais, especialmente, nos território de maior vulnerabilidade social.

Instrumentos nacionais e internacionais, a doutrina e a jurisprudência tem consolidado o entendimento de que direito à informação é um direito fundamental; além do que há necessidade de Leis que disponham sobre o dever do Estado divulgar as informações de interesse público, notadamente, as de cunho sociais.

Para o êxito na comunicação das políticas sociais, que visem melhoria na qualidade de vida e elevação da autoestima da população dos territórios especiais de cidadania, o Estado, obrigatoriamente, deve adotar estratégia e mecanismo de publicidade e divulgação máxima.

A Lei nº 14.335, de 14 de julho de 2011, que instituiu o Programa Governo Presente de Ações Integradas para Cidadania, do Estado de Pernambuco, prestigiou os princípios da **divulgação máxima, da obrigação de publicar e da publicidade**, elevando-os a status normativo, de modo que é dever do Estado de Pernambuco potencializar e construir estratégias de divulgar das políticas públicas e benefícios sociais, especialmente, os direcionados aos territórios de maior vulnerabilidade social.

A expectativa é que, através da construção de estratégias de divulgação máxima, cada lar, principalmente, os localizados nos territórios especiais de cidadania, contemplados pelo Programa, terá conhecimento das informações, sobre políticas públicas e outras ações, que venham contribuir para o acesso e oportunidade dos seus cidadãos, redundando em melhoria da qualidade de vida, garantia de exercício de direitos, valorização territorial e redução da desigualdade social, dando lugar ao desenvolvimento de uma sociedade sustentável de vida digna com justiça social.

7. Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. Política. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

CANELA, Guilherme e NASCIMENTO, Solano. Acesso à informação e controle social das políticas públicas. Brasília DF. 2009.

MANGIA, Cinthya de Campos. Publicidade: dever estatal e direito subjetivo público. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3543, 14mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23928>>. Acesso em: 15 mar. 2013

MENDEL, Toby. Liberdade de Informação: Um Estudo de Direito Comparado. Brasília. UNESCO, 2009.

Título original: Freedom of information: a comparative legal survey. Paris: UNESCO, 2008.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 1992; Lei 14.335 de 14 de julho de 2011. Instituiu o Programa Governo Presente de Ações Integradas para a Cidadania.

O CRIME DE FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS CONTROVERTIDOS

Aída Carolina Silvestre Teixeira

Bacharela em Direito, Advogada. Aluna de Curso de Pós Graduação em Direito Penal e Processual Penal da AESGA
Orientador: Ricardo Severino de Oliveira, Sociólogo, Mestre em Política ambiental pela UFPE, professora da FDG
e FACEG/AESGA.

Resumo

O cerne desta pesquisa trata do crime de furto de energia elétrica, previsto no artigo 155, §3º do Estatuto Repressivo, um delito ainda pouco debatido nas esferas jurídico social. O objetivo deste artigo é informar o leitor apresentando os principais aspectos doutrinários e jurisprudenciais divergentes, as decisões dos tribunais superiores que não se coadunam com as decisões doutrinárias. A metodologia utilizada foi embasada na técnica da pesquisa bibliográfica, sedimentada através da doutrina e jurisprudência. Essa divergência de ideias gera polêmica, e consequências práticas totalmente distintas levando em consideração os casos em concreto, ficou constatado que enquanto a doutrina prevê situações que favoreçam o réu, a jurisprudência tecendo em sentido diametralmente oposto agrava a situação do sujeito ativo do crime discutido em tela o que vem gerando insegurança jurídica.

Palavras chave: furto, energia elétrica, controvérsias, doutrina e jurisprudência.

Introdução

Os crimes contra o patrimônio estão dispostos no título II do Código Penal (CP), o delito de furto está situado no capítulo I, do Título II, do Código Penal, disposto no artigo 155 do aludido diploma e consiste na subtração de coisa alheia móvel, sem o emprego de violência ou grave ameaça.

No parágrafo terceiro do artigo 155 do Código Penal encontra-se uma das modalidades do crime de furto: a subtração de energia, que no parágrafo supracitado é equiparada a coisa móvel e qualquer espécie desta que possua valor econômico, será suscetível para que haja o cometimento do ato criminoso em tela.

A de energia elétrica é a modalidade de fonte elétrica mais conhecida pela população brasileira. Para adentrar com propriedade no assunto, é necessário discorrer sobre as características desse crime e o seu momento consumativo, conceitos não uníssomos na doutrina e jurisprudência brasileira.

Segundo a doutrina brasileira se o agente delituoso desvia a corrente elétrica, antes que esta passe pelo medidor, fazendo uma ligação clandestina de fios popularmente conhecida por “gato” ou “macaco”, cometerá o crime de furto, artigo 155, §3º do Código Penal, porém se a corrente elétrica passou pelo medidor e o agente delituoso altera o contador em prejuízo alheio, falsificando o resultado; depois que a mesma já foi contabilizada, estará cometendo o crime de estelionato; artigo 171, do Código Penal.

Porém para a jurisprudência o delito de furto de energia elétrica é um crime continuado, nesse caso, a conduta será repetida, reiterada, incidindo o aumento de pena de 1/6 até 2/3, do artigo 71 do Estatuto Repressivo.

Os tribunais brasileiros, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), vêm desclassificando o crime de estelionato (art.171 do Código Penal), quando há fraude no medidor, para o delito de furto na modalidade qualificada (art. 155, §4º, II, do Código Penal), sob a justificativa que o agente não está viciando a vontade da concessionária, a mesma não está sendo ludibriada, pois a relação é derivada de um

contrato; a prestadora do serviço não está entregando o bem espontaneamente porque foi induzida a erro, como aconteceria no estelionato, mas a coisa está sendo retirada em discordância da detentora do serviço, utilizando-se o indivíduo de meio ardid, fraudulento para retirar o bem (a energia) da esfera de vigilância da vítima, como ocorre no furto mediante fraude.

Este estudo se justifica pela importância de discutir o crime de furto de energia elétrica, algo aparentemente simples, porém pouco debatido e que possui vários pontos controversos. Sendo assim, este trabalho tem como objetivo principal analisar os aspectos gerais, doutrinários e jurisprudenciais acerca do crime de furto/fraude de energia elétrica no Brasil.

A metodologia utilizada para desenvolvimento deste estudo foi: a técnica da pesquisa bibliográfica (GIL, 2009), onde se discorreu sobre as teorias as quais abrangem o assunto, doutrinas como as obras do autor Greco (2012) e Bitencourt (2009), e entendimentos jurisprudenciais a cerca do delito de furto/fraude de energia elétrica.

O artigo foi organizado no intuito de demonstrar os aspectos específicos do crime de furto de energia elétrica, adentrando preliminarmente nas considerações iniciais sobre este crime, ressaltando os aspectos doutrinários (momento consumativo, natureza jurídica) e jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com foco nos temas: furto de energia elétrica como crime continuado, a possibilidade de incidência das qualificadoras desse delito, o flagrante, a interrupção do serviço para o infrator por dívidas pretéritas, a impossibilidade da Extinção da Punibilidade ante o pagamento anterior a denuncia e a alegação de justa causa.

1. Conceito e aspectos gerais

Os crimes contra o patrimônio tutelam a propriedade material e outros direitos reais, a propriedade imaterial, os direitos obrigacionais, a posse, abrangendo o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas. É a propriedade, portanto, um dos direitos Fundamentais.

As infrações contra o patrimônio estão situados no Título II, parte especial, dispostos em oito capítulos do Código Penal (1940), onde sete deles dizem respeito aos delitos em espécie e o último capítulo trata das disposições gerais

Disposto no capítulo I do título II, no artigo 155 do Código Penal, no caput encontra-se a modalidade simples do crime de furto; no §1º está à causa de aumento de pena relativa ao repouso noturno; no §2º estão às causas de diminuição da pena, no §3º elenca uma modalidade específica do tipo, o furto de energia elétrica – que será decorrido posteriormente por ser o cerne desta pesquisa – e nos §4º e §5º estão às modalidades qualificadas do delito.

O furto é o assenhoreamento da coisa móvel, sem a utilização de violência ou grave ameaça, com o fim de apoderar-se definitivamente da res (animus furandi).

O crime de furto de energia elétrica está disposto no §3º do art.155 do Código Penal 1940, é uma modalidade específica do tipo penal, aduz o aludido diploma jurídico: “Furto. Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: [...]§3 Equipara-se á coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.”

Primeiramente vale destacar o conceito de energia elencado pelo legislador no item 56 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, apresentando um rol exemplificativo, esclarecendo de forma abrangente e concisa.

[...] é expressamente equiparada á coisa móvel e, conseqüentemente, reconhecida como possível objeto de furto a “energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.” Toda energia economicamente utilizável e suscetível de incidir no poder de disposição material e exclusiva de um indivíduo (como, por exemplo, a eletricidade, a radioatividade, a energia genética dos reprodutores etc.) pode ser incluída, mesmo do ponto de vista técnico, entre as coisas móveis, a cuja regulamentação jurídica, portanto, deve ficar sujeita.

O dispositivo legal abrange claramente todas as formas de energia que sejam suscetíveis de valor econômico, a elétrica, eólica, solar, atômica entre outras. Como restou demonstrado o Código Penal Brasileiro assim como o Código Penal Rocco de 1930 (art.624), equiparou a energia elétrica e outras modalidades de energia, a coisa móvel.

Segundo Marques, et al. (2006, p. 13) “a energia elétrica em sentido usual consiste na medida da capacidade de efetuar trabalho.”

O fornecimento de energia elétrica no Brasil é delegado pela União para companhias distribuidoras, através do contrato de concessão, regido pela Lei 8.987/95 e a agência reguladora (órgão gestor) que fiscaliza permanentemente a prestação desses serviços é a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

Contudo, as empresas prestadoras desse serviço, e a maioria dos destinatários tem se tornado vítimas pela prática de uma conduta criminosa, o furto de energia elétrica, que vem causando prejuízos de grande monta no Brasil.

A pena cominada pelo Código Penal para o crime de furto de energia elétrica na modalidade simples (art 155, §3º) é de um a quatro anos de reclusão além da fixação da multa; para a modalidade qualificada, como por exemplo, quando o agente, emprega meios tais como a fraude, a escalada, a destreza e outras hipóteses previstas no §4º do aludido diploma legal, a pena será de dois a oito anos e multa.

Para se deter com maior profundidade no crime de furto de energia elétrica é necessário apresentar a visão dos doutrinadores brasileiros e as principais questões doutrinárias que versam sobre o tema, ou seja, as nuances que envolvem o delito de furto de energia elétrica e como seria a aplicabilidade dos dispositivos legais e classificações do tipo penal.

Aspectos doutrinários

A forma de energia mais conhecida pela população brasileira é a energia elétrica, Fontán Balestra, doutrinador argentino, acreditava que a energia elétrica não poderia ser equiparada a coisa, pois esta não é algo que possa ser corporificado, característica inerente às coisas, que o Direito Penal não podia definir a energia elétrica como coisa, pois estaria fazendo analogia in malam partem. Porém o Código Penal Brasileiro, assim como o Código Alemão, Suíço, Espanhol e outros Códigos ocidentais, não adotaram esta posição, estes consideraram a energia elétrica como coisa, para evitar a impunidade de sua subtração, ou de adulterações em prejuízo alheio, gerando a sensação de inércia do Estado. (BITENCOURT, 2009).

Consoante menciona Prado (2001, p.373) “a energia deve ser suscetível de apossamento, podendo ser separada da substância ou matéria que está ligada, ou ainda, de sua fonte geradora.” É, portanto, a energia considerada um bem móvel por si mesma, independente dos equipamentos utilizados para sua geração, estando passível do cometimento do crime de furto.

2. Aspectis diutrinários

A forma de energia mais conhecida pela população brasileira é a energia elétrica, Fontán Balestra, doutrinador argentino, acreditava que a energia elétrica não poderia ser equiparada a coisa, pois esta não é algo que possa ser corporificado, característica inerente às coisas, que o Direito Penal não podia definir a energia elétrica como coisa, pois estaria fazendo analogia in malam partem. Porém o Código Penal Brasileiro, assim como o Código Alemão, Suíço, Espanhol e outros Códigos ocidentais, não adotaram esta posição, estes consideraram a energia elétrica como coisa, para evitar a impunidade de sua subtração, ou de adulterações em prejuízo alheio, gerando a sensação de inércia do Estado. (BITENCOURT, 2009)

Consoante menciona Prado (2001, p.373) “a energia deve ser suscetível de apossamento, podendo ser separada da substância ou matéria que está ligada, ou ainda, de sua fonte geradora.” É, portanto, a energia considerada um bem móvel por si mesma, independente dos equipamentos utilizados para sua geração, estando passível do cometimento do crime de furto.

2.1 O Furto de Energia Elétrica e o Momento Consumativo

Em relação ao momento consumativo do crime de furto de energia elétrica, dependendo da ação realizada pelo sujeito ativo, o seu modus operandi, restará configurado na figura típica do artigo 155, §3º do Código Penal, furto de energia, ou no tipo legal do artigo 171 do Código Penal, incidindo o delito de estelionato.

Se o agente desvia a corrente elétrica antes que a mesma passe pelo medidor, cometerá o crime de furto de energia elétrica, art.155, §3º do Código Penal, é o que ocorre com a ligação feita diretamente do poste, ou instalações de fios clandestinos realizadas na proximidadeda caixa de medição, popularmente conhecidas por “gato”.

Com muita propriedade Bitencourt (2009) alega que desde o seu nascedouro o crime de furto de energia elétrica, subtende-se que houve uma ligação clandestina, desde a sua origem ilícita, ocorrendo à subtração da coisa

alheia, no caso em tela, a energia alheia.

Diferentemente ocorrerá, se o agente adultera o medidor com o intuito de modificar o resultado, da energia já utilizada, no sentido de causar prejuízo alheio, cometerá o crime de estelionato, artigo 171, do Código Penal.

O intuito neste caso é fraudar, ludibriar, e empresa prestadora do serviço, para se beneficiar com o prejuízo alheio, fica afastada a hipótese da incidência do núcleo do tipo “subtrair coisa alheia móvel”, não existe uma subtração, mas um artifício do agente (que aparece neste caso na figura do consumidor), caracterizando assim o crime de estelionato. Aqui não há de se falar em ligação ilícita, pelo contrário, esta é originalmente lícita- é a inicialmente posta pelo fornecedor do serviço- o desvio da energia ocorre após o medidor, e o sujeito ativo para dispor em maior quantidade do bem, sem ter que pagar a quantia realmente devida, induz a empresa a erro.

Para corroborar com as ideias supracitadas, no que tange ao momento consumativo, afirma Capez (2011, p.447):

Configura o furto de energia elétrica, por exemplo, a captação de energia antes da passagem desta pelo aparelho medidor (aplicação abusiva de fios derivativos sobre o fio condutor instalado pela empresa de eletricidade). A utilização de fraude de modo a induzir a vítima em erro poderá caracterizar o crime de estelionato (p.ex., fazer retroceder o ponteiro do medidor, para diminuir o quantum já assinalado.

defendem existir a modalidade de furto de energia elétrica na forma qualificada, o autor acredita que a figura delitiva neste caso deve ser equiparada apenas ao tipo simples, pois não há nada que a torne qualificada: “Seria demais, além de suportar uma “ficção” de coisa, ainda agravar exageradamente uma “subtração” simples.” (BITENCOURT, 2009, p.55).

2.2 Natureza Jurídica

No que tange ao crime de furto de energia elétrica, a definição de sua natureza jurídica já foi palco de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, conceito que repercute no âmbito de aplicação das penalidades cominadas, em cada caso concreto. Habitualmente a celeuma girou em torno da ligação clandestina e o uso prolongado da energia elétrica, formas de execução mais corriqueiras do cometimento dessa espécie de crime no Brasil. (ANEEL, 2012).

A corrente defendida pela doutrina majoritária é que o furto de energia elétrica é um crime permanente, apresentado, portanto, como uma exceção.

Como foi dito alhures nas outras modalidades – diversas do furto de energia elétrica – o crime de furto possui efeitos instantâneos, resultado imediato, não se prolonga no tempo, excepcionalmente poderá ter efeitos permanentes (conforme preconiza a doutrina majoritária) na modalidade furto de energia, art.155,§3º do Código penal, pois este crime se protraí no tempo, enquanto durar a ação praticada pelo agente delituoso.

Defendendo que o delito em tela tem a natureza de permanente, ou seja, se prolonga no tempo, enquanto durarem seus efeitos, a consumação do crime ocorrerá por intermédio de uma única conduta por parte do sujeito ativo, diferentemente da infração continuada que constitui mais de uma conduta. Bitencourt (2009).

Ao acreditar que o furto de energia elétrica é um crime permanente, o delito terá o tempo de duração enquanto o agente delituoso se beneficiar, não incidirá nesse caso, majorante alguma, diferentemente se o tipo for considerado crime continuado, previsto no art.71 do Código Penal, onde haverá o aumento de até 1/6 até metade da pena. Hoje esse é o entendimento quase uníssono na doutrina brasileira.

Sobre a natureza jurídica de crime permanente do delito de furto de energia elétrica, aduz com propriedade Greco (2012, p.23):

O furto de energia elétrica, ao contrário do que ocorre quando estamos diante, efetivamente, de coisa móvel, naturalmente corpórea, deve ser considerado de natureza permanente, uma vez que a sua consumação se prolonga, se perpetua no tempo, podendo, portanto, ser o agente preso em flagrante quando descoberta a ligação clandestina de que era beneficiado.

A jurisprudência brasileira defende ser crime continuado, como será abordado no tópico seguinte.

3. Aspectos jurisprudenciais

Como é sabido os tribunais superiores, a luz de reiterados julgados versando sobre um mesmo tema, criam as jurisprudências, com base nisto e para conhecer melhor o tipo penal estudado, torna-se necessário discorrer sobre alguns precedentes que trouxeram a visão atual do delito de furto de energia elétrica e como tem sido interpretado com rigidez o dispositivo legal do estatuto repressivo.

3.1 Furto de Energia Elétrica como Crime Continuado

A corrente defendida pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nos seus entendimentos jurisprudenciais é que a natureza jurídica do delito de furto de energia elétrica seria de crime continuado, destarte a conduta será repetida, reiterada, incidindo, portanto a majorante do artigo 71, caput, do Código penal (1940), in verbis:

Art.71. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Para corroborar com o entendimento supracitado, demonstra o HABEAS CORPUS Nº 32.763 - SP (2003/0235853-5) da Quinta Turma do STJ:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONTINUIDADE DELITIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA MERITÓRIA. EXAME DE PROVA. SURSIS PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 243.** O trancamento de ação penal exige a comprovação incontroversa do direito do acusado e, do mesmo modo, em sede de habeas corpus não se acolhe discussão de cunho eminentemente meritório, isto é, que necessita da incursão probatória e da via cognitiva plena. In casu, a tese defensiva contrapõe-se a vários indícios do crime anotados na denúncia, não podendo em via célere suplantá-los. Segundo a orientação sumular desta Corte, ultrapassado o limite do sursis processual com a continuidade delitiva, resta obstaculizada a concessão do benefício. **Ordem denegada. [...] Segundo os autos, o Paciente foi denunciado por incurso nas penas do art. 155, §§ 3º e 4º, inciso II, na forma do art. 71, ambos do Código Penal, em razão de suposta ligação clandestina efetuada por sua empresa Tinturaria Têxtil Biselli Ltda, mediante a qual utilizava-se de energia elétrica sem a devida medição e, por conseguinte, em prejuízo da Eletropaulo Eletricidade de São Paulo S/A[...]** No caso, a continuidade delitiva, em face da qual a defesa alega a não comprovação e demonstração na peça acusatória, é tirada pelas próprias circunstâncias que envolvem o ilícito, na quantidade indevida do uso da energia, cerca de 92.000 KWh, e na medida do seu custo R\$ 92.000,00 (noventa e dois mil reais). **Ora, não é possível imaginar que tal magnitude de uso tenha-se dado de uma única ação, e não por via de continuidade. [...]**

Entendendo que o furto de energia elétrica possa ser continuado, o agente através duas ou mais condutas, cometerá dois ou mais crimes da mesma espécie, em condições de tempo, local e modo de execução semelhantes, onde as infrações posteriores são tidas como continuação do crime primário, ocorrendo a incidência do aumento de pena de 1/6 até 2/3 da pena.

3.2 Possibilidade de Incidência das Qualificadoras do Furto

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vêm reconhecendo que o furto

de energia elétrica, possa incidir nas modalidades qualificadas.

Normalmente os Tribunais Superiores, nos casos em concreto, tem afastado a capitulação do tipo legal do estelionato, feita inicialmente nos processos e fazem tipificações diversas, reconhecendo a qualificadora do furto mediante fraude. A consequência jurídica desse fato é que haverá a descrição de condutas diferentes, consequentemente modificação da figura delitiva. O efeito prático consistirá no agravamento da pena do acusado, visto que o crime de estelionato possui uma pena menor que o delito de furto qualificado mediante fraude.

No entendimento disposto abaixo foi reconhecida a modalidade de furto de energia elétrica combinada com a qualificadora da fraude, sendo, portanto o delito capitulado no art.155, §3º e §4º, II do Código Penal, afastando a possibilidade de configurar-se o crime de estelionato, justifica o Superior Tribunal de Justiça no texto do seguinte julgado, RECURSO ESPECIAL Nº 1.279.802 - SP (2011/0214778-3):

Agravo de Regimento no RECURSO ESPECIAL Nº 1.279.802 - SP (2011/0214778-3)[...] Como visto alhures, a Corte local manteve a condenação do Recorrente pela prática do crime de furto qualificado pela fraude, pois, **trocando os fornecedores de energia** por outros que não aqueles fornecidos pela concessionária, **teria subtraído 1/3 (um terço) da energia elétrica fornecida pela Companhia Piratininga de Força e Luz (CPFL)**, ante o registro a menor do consumo pelo Recorrente, **ressaltando, ainda, que a vítima não estava sendo mantida em erro, já que o fornecimento de energia elétrica derivava de relação contratual e não de induzimento pelo Acusado.** Distingue-se o furto qualificado com fraude do estelionato porque neste o agente obtém a coisa que lhe é transferida pela vítima por ter sido induzida em erro, viciada em sua vontade pelo expediente fraudulento, enquanto no furto a coisa é subtraída, em discordância expressa ou presumida do detentor, utilizando-se o agente de fraude para retirá-la da esfera de vigilância da vítima. Assim, tendo o Tribunal a quo afirmado que a empresa concessionária não tinha conhecimento da fraude perpetrada quanto às trocas dos transformadores que passaram a registrar a menor o consumo de energia, bem como que a prestação do serviço decorreu de relação contratual e não de induzimento em erro pelo Réu, situações caracterizadoras do crime de furto qualificado pela fraude, inviável entendimento em sentido contrário por este Superior Tribunal de Justiça quanto às referidas elementares do tipo penal necessários à análise quanto à desclassificação do crime previsto no art. 155 para o art. 171, ambos do Código Penal, já que referida operação demandaria, necessariamente, revolvimento do material fático/probatório dos autos, inviável na presente seara recursal ante o óbice previsto no Enunciado Sumular n.º 7/STJ. [...]

Posição do STF, HC 76968 / RS - no mesmo sentido:

HC 76968 / RS - RIO GRANDE DO SUL. HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA. Julgamento: 01/09/1998. Órgão Julgador: Segunda Turma.Publicação.DJ 03-03-2000 PP-00061 EMENT VOL-01981-03 PP-00602.Parte(s) PACTE.: LUIZ CARLOS AROZZI BUTIER. IMPTE.: NEY FAYET JÚNIOR.COATOR: TRIBUNAL DE ALÇADA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EMENTA: Habeas corpus. **2. Condenação, em primeira instância, por incurso no art. 171, caput, combinado com o art. 71, caput, do Código Penal. Nova definição jurídica do fato para o art. 155, § 4º, incisos II (fraude) e IV (concurso), do Código Penal. 3. Emendatio libelli. Art. 383, do Código de Processo Penal. Na espécie, apenas se confere nova definição jurídica ao fato, não importando em alteração do fato delituoso. 4. Continuidade delitiva. 5. Arrependimento posterior. Ato voluntário do agente. 6. No que se refere à discussão de questões relativas às penas de multa, resta afastada do âmbito do habeas corpus. Habeas corpus não conhecido, no ponto. 7. Lei n.º 9.099/95. Impossibilidade de incidência retroativa da suspensão do processo, quando já existente a condenação. 8. Habeas corpus conhecido, em parte, e, nessa parte, indeferido, como pleiteado. 9. Habeas corpus concedido, de ofício, para cassar, desde logo, a decisão de 14.5.1998, da Drª. Juíza de Direito do 3º Juizado Especial Criminal de Porto Alegre, no processo-crime n.º 01398046845, que, deferindo promoção do MP, admitiu a conversão da pena de multa em prisão, em desfavor do paciente, o que implica injusta ameaça à sua liberdade de ir e vir.**

Em linhas gerais é afastado o crime de estelionato porque o agente não está viciando a vontade da concessionária, a mesma não está sendo mantida em erro, pois a relação é derivada de um contrato, a prestadora do serviço não está entregando o bem espontaneamente porque foi ludibriada, como aconteceria no estelionato, mas a coisa está sendo retirada em discordância da detentora do serviço, utilizando-se o indivíduo de meio artil, fraudulento para retirar o bem (a energia) da esfera de vigilância da vítima, como ocorre no furto mediante fraude.

Conclui-se, portanto que a depender do caso concreto é perfeitamente possível à modalidade de furto de energia elétrica na forma qualificada.

No que se refere à possibilidade de flagrante delito a jurisprudência tem entendido seu cabimento, conforme o caso em concreto, como será discorrido.

3.3 Flagrante

Os tribunais brasileiros e doutrinadores, assim como Greco (2012), tem demonstrado que no caso do crime de furto de energia elétrica é possível a prisão em flagrante, HABEAS CORPUS Nº 146.959 - BA (2009/0176330-6):

HABEAS CORPUS Nº 146.959 - BA (2009/0176330-6) EMENTA HABEAS CORPUS. FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA (ARTIGO 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). **PRISÃO EM FLAGRANTE E PROVA PERICIAL REALIZADAS POR POLICIAIS E PERITOS QUE ATUAVAM EM RAZÃO DE CONVÊNIO CELEBRADO ENTRE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO E A SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DO ESTADO. NULIDADE DO ACORDO APONTADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSEQUENTE ILCITUDE DA PROVA QUE SUSTENTA A ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO JUDICIAL DE QUALQUER IRREGULARIDADE OU ILEGALIDADE NA REALIZAÇÃO DO CONVÊNIO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE REVELEM QUE OS AGENTES ESTATAIS TERIAM AGIDO CONTRARIAMENTE ÀS NORMAS DO ORDENAMENTO JURÍDICO.**

O flagrante é possível no crime de furto de energia elétrica desde que seja constatada a fraude in loco pela perícia técnica, ou sendo apresentada as seguintes situações elencadas no artigo 302 do Código de Processo Penal (1941): o agente está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la. Para Greco (2012), o flagrante neste delito ocorrerá quando for descoberta a ligação ilegal, a qual o indivíduo se favorecia, pois o crime de furto de energia elétrica é um delito permanente.

O que pode ainda ser discutido é se após o flagrante será possível à interrupção imediata do serviço não apenas em função da flagrância, mas em relação a fraudes anteriores, a dívidas pretéritas? Sem mais delongas é o que será discorrido no tópico seguinte.

3.4 Interrupção do Serviço para o Infrator por Dívidas Pretéritas

Malgrado os tribunais brasileiros, em especial o STJ tem decidido, que mesmo se o sujeito ativo estiver praticado fraude, não é lícito à concessionária prestadora do serviço de energia elétrica interromper o fornecimento do bem, por dívidas pretéritas relativas à recuperação de consumo não faturado, o fundamento da tese está embasado na essencialidade da prestação e na possibilidade de existir outros meios de cobrar os débitos, dentre eles estaria o procedimento ordinário de cobrança para créditos decorrentes de apuração de fraude no medidor.

Assinala a jurisprudência, Agravo de Regimento no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.320.382 - RO (2010/0113690-6):

Agravo de Regimento no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.320.382 - RO (2010/0113690-6) EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. **FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUÇÃO. FRAUDE NO MEDIDOR. DÉBITO PRETÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. Não é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica por dívida pretérita, a título de recuperação de consumo, em face da existência de outros meios legítimos de

cobrança de débitos antigos não-pagos.2. “A concessionária não pode interromper o fornecimento de energia elétrica por dívida relativa à recuperação de consumo não-faturado, apurada a partir da constatação de fraude no medidor, em face da essencialidade do serviço, posto bem indispensável à vida” (AgRg no REsp 854.002/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 11.6.2007).3. A análise da efetiva existência de fraude no medidor de energia elétrica ou da ocorrência de furto de energia esbarra no óbice da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” 4. Agravo regimental não provido.

De acordo com o ofício nº502/2004, da ANEEL, conforme a resolução nº72 da resolução 476/2000, na ocorrência de qualquer procedimento irregular feito pelo consumidor, ou seja, fraudes, artifícios ardis, danos, faturamentos inferiores ao correto ou até mesmo a ausência deste, o prazo máximo para a cobrança retroativa dessas dívidas será de cinco anos.

Mesmo em grande parte dos casos a fraude seja de fácil visualização, o Poder judiciário, tem decidido manter o serviço para o infrator até que a sentença transite em julgado, tendo em vista a essencialidade do bem e da prestação.

Cabe ainda analisar se após o recebimento da denúncia o infrator decide efetuar o pagamento da energia que foi desviada, o Estado deixará de exercer seu *ius puniendi*, ou seja, se haverá a extinção da punibilidade, para responder a essa questão será necessária uma análise mais detida, o que será visto no tópico seguinte.

3.5 Impossibilidade da Extinção da Punibilidade Ante o Pagamento Anterior a Denúncia.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem reconhecido a impossibilidade da extinção da punibilidade, do furto de energia elétrica se o pagamento for feito anteriormente ao recebimento da denúncia, não aceitando a aplicação da analógica dos dispositivos do artigo 9º da lei 10.684/03 e da súmula 554 do Supremo Tribunal Federal (STF). Não caracterizando constrangimento ilegal, a inaplicabilidade desses dispositivos legais.

O dispositivo do artigo 9º, da lei 10.684/03, trata dos crimes contra a ordem tributária, prevendo a quitação do débito tributário anteriormente ao recebimento da denúncia, *in verbis*:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Não acredita o STJ que o dispositivo em questão seja cabível, para os casos dos crimes de furto de energia elétrica, pois o pagamento do serviço é efetuado por tarifa ou preço público, e a lei 10.684 não pode ser ajustada com regimes não tributários, além do mais os delitos em questão envolvem bens jurídicos, assim como sujeitos ativos e passivos diversos.

Elucidando o entendimento disposto acima, o STJ, emitiu o seguinte julgado, HABEAS CORPUS Nº 199.959 - RJ (2011/0052385-6):

HABEAS CORPUS Nº 199.959 - RJ (2011/0052385-6).EMENTA.CRIMINAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO DE ENERGIA ELÉTRICA. PAGAMENTO DO DÉBITO ANTES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI Nº 10.684/03 E DA SÚMULA Nº 554 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. DISPOSIÇÕES ESPECÍFICAS QUE NÃO DEVEM SER APLICADAS GENERICAMENTE. ORDEM DENEGADA.

I. Descabe a aplicação analógica do art. 9º, da Lei nº 10.684/03 - que prevê a extinção da pretensão punitiva do Estado pela quitação do débito anteriormente ao recebimento da denúncia - em hipótese de furto de energia elétrica. II. A natureza jurídica da remuneração cobrada pelo fornecimento de energia elétrica por meio de concessão é de tarifa ou preço público, de modo que o entendimento do Tribunal a quo, a respeito da impossibilidade de aplicação da Lei nº 10.826/03, não configura constrangimento ilegal, eis que a lei não se compatibiliza com regime jurídico não tributário. III. As hipóteses de extinção da punibilidade pela quitação do débito em matéria tributária têm fundamento na política fiscal específica e, portanto, que a ela se circunscrevem. IV. Inviável a aplicação analógica da Súmula nº 554, do Supremo Tribunal Federal ao caso, uma vez que esta se refere especificamente aos casos de fraudes no pagamento por meio de cheque prevista no art. 171, § 2º, inciso VI não extensível, portanto, ao caso em questão. V. Ordem denegada, nos termos do voto do relator.

No que tange a compatibilidade da aplicação da súmula 554 do STF, ao crime de furto de energia elétrica, o STJ, entende não ser possível, porque este entendimento sumulado seria aplicável apenas aos delitos de estelionato cometidos mediante a emissão de cheques sem fundos (art.171,§2º, VI do Código Penal). Súmula 554 do STF in verbis: “O pagamento e cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denuncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.” A aplicabilidade da súmula nº 554 do STF no crime de estelionato tem o fundamento de que a ausência de justa causa para a denúncia em tal modalidade de crime está no contrassenso de caracterizar-se, com o pagamento do cheque, o dolo de fraudar. Em relação ao crime de furto de energia elétrica, a justa causa se demonstra com a constatação de aparato montado para o desvio da energia, estando óbvia a existência de dolo.

3.6 Alegação de Justa Causa

A tese mais utilizada pela defesa em sede de recurso nos tribunais, quando o agente comete o crime de furto de energia elétrica é a falta de justa causa para o oferecimento da ação penal, tema abordado em vários julgados. Assim afere o julgado do STJ, RHC 16.615/SP:

RHC 16.615/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2005, DJ 01/07/2005.HABEAS CORPUS. PENAS. PROCESSUAL PENAL. **ROUBO DE ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR JUSTA CAUSA. EXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.**

1. É entendimento desta Corte que o trancamento da ação penal por falta de justa causa para a sua propositura só é possível quando se constate, prima facie, a atipicidade da conduta, a incidência de causa excludente de culpabilidade, bem como a ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade do delito. 2. O exame sumário exigido, tendo por base os documentos que instruem a impetração, não possibilita a conclusão pela razoabilidade das ponderações do impetrante sem que haja exame mais profundo da prova. 3. Recurso não provido.

No mesmo sentido defende o STF, RHC 84848 / SP:

RHC 84848 / SP - SÃO PAULO. RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 09/11/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 10-12-2004 PP-00042 EMENT VOL-02176-02 PP-00200. Parte(s) RECTE.(S): FLAVIO AUGUSTO ANTUNES. RECD. (A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PACTE.(S): ANTÔNIO BISELLI. Ementa. **AÇÃO PENAL - JUSTA CAUSA - TRANCAMENTO. O trancamento da ação penal por falta de justa causa, mediante habeas corpus, pressupõe que a narração dos fatos constantes da denúncia não consubstancie crime.** Tanto quanto possível, há de se observar o princípio do juiz natural. DENÚNCIA - PARÂMETROS. Longe fica de se mostrar inepta denúncia que abrange a exposição do fato criminoso com as circunstâncias, a qualificação do acusado e o rol de testemunhas.

Indexação

- INEXISTÊNCIA, DIREITO SUBJETIVO, PACIENTE, SUBMISSÃO, PROCESSO, TRIBUNAL PLENO, (STF), INOCORRÊNCIA, ARGÜIÇÃO, INCONSTITUCIONALIDADE, ATO NORMATIVO. INVIABILIDADE, TRANCAMENTO, AÇÃO PENAL, CRIME CONTINUADO, FURTO QUALIFICADO, ENERGIA ELÉTRICA, DESCRIÇÃO, DENÚNCIA, CONFIGURAÇÃO, FATO TÍPICO.

A respeito desse assunto, o entendimento já consolidado na jurisprudência é que para ser alegada a falta de justa causa é necessária a demonstração da atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, o que não tem ocorrido na maioria das decisões nos casos concretos. O trancamento da ação penal deve ser uma medida extraordinária, sendo apenas possível quando restar provado os requisitos supracitados sem a necessidade de exame valorativo do conjunto de fatos e provas existentes no bojo do processo.

Conclusão

Foi vislumbrada uma abordagem geral sobre o conceito jurídico de energia, que consiste em um bem móvel, sendo passível, portanto, o cometimento do crime de furto, previsto pelo legislador no parágrafo terceiro do artigo 155 do CP.

Para uma melhor compreensão sobre o delito de furto de energia elétrica, foram delimitadas as principais vertentes doutrinárias: classificação e o momento consumativo do delito, que a depender do modo como a ação delituosa é perpetrada poderá ser classificado como o crime de furto ou estelionato.

Puderam ainda ser explicitadas as vertentes jurisprudenciais, que se tornam imprescindíveis para entender como os tribunais superiores vislumbram, decidem e aplicam as sanções para o crime de furto de energia elétrica nos casos concretos.

O que pode ser percebido em relação à doutrina e jurisprudências brasileiras é que quase todas as ideias defendidas pela primeira não se coadunam, com a segunda, ou seja, os entendimentos estão longe de ser uníssono, o que muitas vezes dificulta a capitulação ou até a resolução do crime na prática.

As maiores divergências estão no momento consumativo e na natureza jurídica do crime de furto de energia elétrica. No que se refere ao momento consumativo, a doutrina acredita que se o agente desvia a corrente antes que esta passe pelo medidor, fazendo um ligação clandestina (“gato” ou “macaco”), estará cometendo o crime de furto, porém se o agente adultera o medidor com o intuito de modificar o resultado, estará cometendo o delito de estelionato.

Já os Tribunais Superiores, nos casos em concreto, tem afastado a capitulação do crime de estelionato, dando lugar ao furto qualificado mediante fraude, quando o agente altera o medidor em prejuízo alheio, pela seguinte justificativa: o furto mediante fraude é distinguido do estelionato, porque no primeiro a coisa é subtraída em discordância expressa da vítima, enquanto no segundo a vítima tem a vontade viciada, induzida a erro e por isso entrega o bem espontaneamente.

O incentivo do governo ao combate do crime de furto de energia elétrica é algo relativamente recente e que vem se desenvolvendo aos poucos, em uma parceria dos órgãos públicos e das concessionárias e permissionárias prestadoras do serviço.

No que tange à natureza jurídica, a corrente defendida pela doutrina majoritária é que o furto de energia elétrica é um crime permanente, porém acredita o STJ e o STF que seria de um delito continuado.

Todas essas controvérsias geram celeumas, sem fim, muitos operadores tendem a aplicar a visão doutrinária nos casos em concreto, porém esses entendimentos caem por terra ao chegar nos tribunais superiores, tendo o réu a sua situação agravada, pois o que prevalece é o entendimento dos tribunais que como foi visto não aceitam a figura do crime permanente, mas do delito continuado; não aceita a extinção da punibilidade ante o pagamento anterior a denúncia e não aceitam a capitulação de estelionato, quando a corrente elétrica é desviada após passar pelo medidor, mas acata a capitulação de furto qualificado pela fraude, podendo chegar a pena até oito anos de reclusão.

Referências

- ANEEL - Agencia Nacional de Energia Elétrica. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2012.
- BITENCOURT, César Roberto. Tratado de Direito Penal: parte especial, v. 3, 5ª ed. Pinheiros, São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Código Penal (1940). Decreto Lei nº 2.848. Getúlio Vargas.
- BRASIL. Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal (1984). Lei nº 7.209. Francisco Campos. INCOMPLETO
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte especial, v. 2, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: Parte Geral, v. 1, 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1962.
- GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, v. 3, 9ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.
- MARQUES, Milton et al. Conservação de energia: Eficiência energética, Itajubá, MG: FUPAI, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N.. Manual de Direito Penal, v. 2: parte especial, Arts.121 a 234 do CP, 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro; Parte Especial. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.v.2;2001v.3.
- BRASIL. STF - Supremo Tribunal Federal. Agravo de Regimento. nº 1.036.511. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28furto+de+energia+el%E9trica%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 20 de ago. 2012.
- BRASIL. STF - Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 76968. Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência/listarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 21 ago. 2012.
- BRASIL. STF - Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas-corpus nº 84848. SÃO PAULO - SP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudência/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 21 ago. 2012.
- BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 22 ago. 2012.
- BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 32.763. São Paulo. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=furto+de+energia+el%E9trica&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=30>>. Acesso em: 22 ago. 2012.
- BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Regimento. no Recurso Especial nº 1.279.802. São Paulo - SP. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=furto+de+energia+el%E9trica&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>>. Acesso em: 22 ago. 2012.
- BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 146.959. Bahia. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=furto+de+energia+el%E9trica&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=10>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.320.382. Roraima. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=furto+de+energia+el%E9trica&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

BRASIL. STJ - Superior Tribunal de Justiça. Habeas-corpus nº 199.959. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=furto+de+energia+el%E9trica&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA – ANÁLISE DA NOVA LEI DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA (LEI FEDERAL Nº 11.977/2009) E SEUS REFLEXOS NO ÂMBITO DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

Sabryna Barros Sabino

Graduada em Direito pela Faculdade Integrada do Recife – Estácio/FIR. Pós Graduada em Direito Notarial e Registral pela LFG – Universidade Anhanguera-Uniderp. Pós Graduanda em Direito Público pelo ATF Cursos Jurídicos – UniNassau. Advogada militante do Ramo do Direito Civil e Imobiliário prestando serviços de consultoria e assessoria, consultiva e contenciosa, para escritórios localizados em Caruaru/PE; e, para o escritório de Advocacia Azevedo, Trindade e Queiroz Advogados localizado em Recife/PE.

Resumo

No Brasil, o direito de propriedade foi reconhecido como garantia constitucional, porque é através dele que o indivíduo pode estabelecer sua moradia e abrigar sua família, exercendo assim a plenitude de sua personalidade. No entanto, a própria Constituição exige que a propriedade atenda à sua função social, conforme dispõe o Princípio da Função Social da Propriedade, disposto no inciso XXIII, do art. 5º, da nossa Carta Magna. Com o intuito de proporcionar as pessoas o direito de aquisição imobiliária, as novas leis vêm buscando resgatar o equilíbrio material no contexto social, através da criação de mecanismos que reduzam as desigualdades sociais e econômicas da população e propiciem o acesso de todos à propriedade imobiliária. Assim, a Lei 11.977/2009, apresenta em suas disposições a regularização fundiária, as isenções/descontos de emolumentos para a regularização da propriedade imóvel, e, a usucapião administrativa. Desta feita, busca-se com este trabalho, através de pesquisa baseada em leitura e estudo bibliográfico em artigos, sites e livros, partindo do método hipotético dedutivo, analisar estes pontos relacionadas a Regularização Fundiária, questionando-se a possibilidade, com o advento da Lei 11.977/2009, da aplicação mais celere do instituto da Usucapião Administrativa, como mecanismo facilitador da aquisição da propriedade imobiliária, e seus reflexos no âmbito do Direito Notarial e Registral; possibilitando assim, a aquisição da propriedade imobiliária, com a formação do exigido título, em razão da posse prolongada, depois de realizado o processo de regularização fundiária; fator este que, tradicionalmente, no Brasil, somente acontecia através do lento e moroso processo judicial de usucapião.

Palavras-chave: “Usucapião Administrativa”, “Regularização Fundiária” e “Lei 11.977/2009”.

Introdução

Atualmente, em decorrência do aumento exorbitante da população brasileira, vislumbramos em nosso país uma problemática urbana referente à estrutura populacional, que apresenta como principal causa o Êxodo Rural.

O desenvolvimento desordenado das cidades gerou ocupações clandestinas e irregulares nas propriedades, dando origem ao surgimento de favelas, cortiços e à degradação da paisagem urbana, além de outras graves consequências. De acordo com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, do IBGE, a população favelada no Brasil aumentou 42% nos últimos 15 anos e alcança quase 7 milhões de pessoas. Diante de tal contexto, estima-se que hoje, no Brasil, 35% da população urbana mora em locais inadequados e que existe uma carência de mais de 2,5 milhões de

domicílios.

Assim, destaca-se a importância da Lei 11.977 de 07 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; instrumento de regularização fundiária este que surge como meio de prevenir e resolver os aspectos sociais que envolvem essa problemática urbana decorrente do êxodo rural e da propriedade informal.

Desta feita, busca-se com este trabalho analisar a Lei de Regularização Fundiária, Lei Federal nº 11.977/2009 e seus principais reflexos no âmbito do Direito Notarial e Registral; que, mesmo implicitamente, apresenta um excelente mecanismo legal de regularização fundiária, que é a usucapião administrativa, instituto este que será analisado do desenvolver do presente projeto.

1. O Instituto da Usucapião

O instituto jurídico da Usucapião é uma das formas de aquisição originária da propriedade e encontra-se regulamentado no artigo 1238 do Código Civil. Trata-se de usucapião derivada do tempo, não apresentando antecessor nem transmitente; resumindo-se em posse prolongada que se transforma em propriedade.

Atualmente em vigência, encontramos as seguintes espécies de usucapião: a ordinária, a especial rural, a especial urbana, a extraordinária, a coletiva, a judicial e a extrajudicial, usucapião administrativa.

Em regras gerais, quem possuir como seu um imóvel por um certo período de tempo, sem interrupção, nem oposição, adquire-lhe a propriedade, independente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Atingida a chama prescrição aquisitiva, o possuidor de imóvel ou área de terras onde reside sem oposição de terceiros nos prazos estabelecidos em lei, deverá propor a ação judicial Declaratória de Usucapião para fazer valer o seu direito de propriedade (ROSA, 2012, pág. 37)¹.

Assim, para obter a respectiva sentença deferindo o pedido de usucapião formulado, deverá a parte autora expor os fundamentos do pedido juntando todos os documentos necessários para comprovação de seu direito. Além do mais, tratando-se de usucapião, dois institutos jurídicos de relevante importância devem ser analisados, quais sejam: a posse e a prescrição aquisitiva.

Quanto à posse, diz respeito ad usucapionem, aquela posse velha e de tempos imemoriais ou a longissimi temporis, capaz de gerar a usucapião que é a aquisição do domínio pela posse (BORGES, 2012, pág. 267)².

A posse para fins de usucapião é aquela efetiva e comprovada pelo exercício de fato dos poderes inerentes ao domínio, conforme deliberado no artigo 1.196 do Código Civil. Já no tocante a prescrição, essa exprime o modo pelo qual o direito se extingue, em vista do não exercício dele, por certo lapso de tempo.

Logo, a prescrição que justifica a usucapião, também denominada prescrição aquisitiva, vem prevista no artigo 1.238, e seus parágrafos, do Código Civil (BORGES, 2012, pág. 272)³.

2. A Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009

2.1 A Regularização Fundiária

A Regularização Fundiária de loteamentos implantados de acordo com a legislação vigente, está disciplinada em conformidade com a previsão do artigo 71, parágrafos 1º e 2º da Lei n. 11.977/2009.

O objetivo principal buscado por todo e qualquer cidadão é a titulação de sua propriedade, passando de posseiro ou ocupante à condição de proprietário ou dominus do imóvel que ocupa. No entanto, para que se cumpra o preceito constitucional referente à Função Social da Propriedade definida no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, que se verificam inúmeras dificuldades quanto aos rigores estabelecidos em

1 ROSA, Edson Costa. **Prática de direito imobiliário**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2012.

2 BORGES, Antonino Moura; BORGES, Daniel Zanforlim. **Posse, Propriedade e Reivindicatória**. 3ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2012.

3 BORGES, Op. Cit.

Leis.

Como já mencionado, as ocupações de terras, na sua grande maioria, são decorrentes de parcelamentos irregulares, clandestinos e /ou de desdobramentos anteriores às exigências previstas na Lei. 6.766/79.

Além do mais, as leis atinentes a parcelamento do solo urbano e registros públicos ostentam rigor, muitas vezes intransponíveis, já que regem a vida dos imóveis e das pessoas, sendo revestidas de interesse público inarredável, daí os cuidados no tocante à observância de requisitos que lhe são peculiares (RIBEIRO, 2010, pág. 1078)⁴.

A Lei 11.977/2009 apresenta os principais pontos relacionados à Regularização Fundiária, em especial no disposto em seu artigo 46: “A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.”

Além do mais, alguns pontos básicos e fundamentais relacionados à efetivação do comando, estão previstos no vários incisos do art. 47 da mesma Lei em questão.

A Lei nº 11.977/2009 é o instituto legal mais completo sobre regularização fundiária, pois apresenta conceitos específicos, diretrizes e princípios ligados ao Estatuto da Cidade, apresentando inclusive, com detalhes, as regras procedimentais da regularização fundiária; e, apresentando a criação de novos instrumentos jurídicos que realmente solucionam o problema.

Desse modo, em análise mais detalhada dos artigos da mencionada Lei, verifica-se que a regularização fundiária possui dois objetivos distintos, mas intimamente ligados (interdependentes): a regularização de assentamentos irregulares, que se resume na formalização registral do parcelamento do solo, com o nascimento jurídico das unidades habitacionais, sendo cada uma representada por uma matrícula autônoma (AUGUSTO, 2012)⁵.

E, o segundo objetivo, a titulação de seus ocupantes, representada pelo registro do direito cabível (posse, uso especial para fins de moradia ou propriedade) na matrícula do imóvel em favor de cada família beneficiada pelo procedimento (AUGUSTO, 2012)⁶.

Assim, verificamos que a legitimidade para promover a regularização fundiária não é apenas do Município, como também da União, Estados e Distrito Federal, conforme disposto no artigo 49 e 50 da Lei 11.977/09 (RIBEIRO, 2010, pág. 1083)⁷.

2.2 A Usucapião Administrativa

Tradicionalmente, em nosso Direito, a propriedade imóvel é constituída de maneira formal, através da apresentação do título hábil ao Registro de Imóveis. Se não há um título não há condições jurídicas de constituir a propriedade. Quando falta o título há apenas posse sobre o imóvel (propriedade informal).

Assim sendo, a Lei 11.977/09 também apresenta em suas disposições legais o instituto da Usucapião Administrativa, mais seguro, célere e, principalmente, eficaz. Além do mais, a propriedade privada sempre foi um direito em destaque no sistema jurídico, visto por muito tempo como um direito intocável que só poderia ser atingido em casos extremos, com intervenção judicial.

No entanto, como já apresentado, ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, a Constituição da República limita seu exercício ao determinar que “a propriedade atenderá a sua função social.

Com a introdução de institutos como o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, IPTU progressivo no tempo, desapropriação com pagamento em títulos, usucapião especial de imóvel urbano, direito de superfície, direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir, entre outros, o Estatuto das cidades passou a dar tutela diferenciada à propriedade privada (ANDREAZZA, 2012)⁸.

Dentro deste contexto de mudança paradigmática no direito registral e nos direitos reais brasileiros, em que a primazia da proteção à propriedade privada passa a ceder espaço para a função social da proprie-

4 RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, volume 1.** 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

5 AUGUSTO, Eduardo. **Usucapião Extrajudicial – o instrumento eficaz da regularização fundiária.** São Paulo, p. 1-19, abril/2012.

6 AUGUSTO, Op. Cit.

7 RIBEIRO, Op. Cit.

8 ANDREAZZA, Gabriela Lucena. **Usucapião administrativa: reflexos no registro de imóveis.** Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22767>>. Publicado em 10/2012. Acesso em 21 fev 2012.

dade é que se estuda a usucapião administrativa e os institutos correlatos.

Ou seja, a Lei 11.977/2009 tem um enorme potencial revolucionário no âmbito jurídico, pois estrutura uma forma rápida e aparentemente eficaz de usucapião administrativa, que prescinde, por óbvio, de qualquer intervenção judicial, incumbindo à Administração Pública, mediante impulso próprio, assim como de interessados e entidades privadas, conforme se verifica na redação legal do seu artigo 50.

Além do mais, apresenta também as prerrogativas para, através da demarcação e da legitimação de posse – instrumentos voltados à outorga da titulação dominial, poder se declarar o direito de propriedade privada beneficiando população de baixa renda.

O instituto da Usucapião Administrativa não representa afronta injustificada ao direito de propriedade; ao oposto, insere-se neste contexto em que o direito de propriedade deve ser exercido tendo em vista sua função social.

Chega-se então a conclusão, que a usucapião administrativa representa uma forma para o reconhecimento do perecimento do direito de propriedade pela inércia ou descaso de seu titular.

A Usucapião Administrativa exigir que o proprietário seja notificado, pessoal ou fictamente, quando da averbação do auto de demarcação, podendo promover impugnação; dispondo de cinco anos, contados do registro da legitimação de posse, para reclamar ou reivindicar sua propriedade (ANDREAZZA, 2012)⁹.

3. Reflexos da Usucapião Administrativa no âmbito do Direito Notarial e Registral

3.1 O papel do Notário e Registrador no processo de Usucapião Administrativa

Percebe-se que as legislações deste novo século ressaltam a importância das atividades registrares e notariais e a confiabilidade no critério prudente e técnico do Registrador e do Notário, consagrando sua independência e sua autonomia funcional.

É interessante a inclusão de um Registrador Imobiliário já por ocasião da composição da equipe interdisciplinar que executará o projeto de regularização, a fim de evitar a inaptidão dos títulos apresentados ao Oficial Imobiliário competente.

Além do mais, a compreensão da situação jurídica da área a ser regularizada, verificável através da matrícula imobiliária e sua comparação com a realidade é fundamental para determinar o correto instrumento a ser aplicável.

Além disso, o Registrador Imobiliário poderá auxiliar os que o procuram, indicando o caminho mais eficiente. Neste passo, constata-se que a participação inicial do Registrador Imobiliário desdobra-se em duas funções principais.

A primeira como garantidor da segurança jurídica, conservando na matrícula e informando através de Certidões a situação jurídica do bem, objeto da regularização. A segunda como profissional do direito que indica às partes interessadas o caminho a ser seguido, conforme a norma legal.

O que ocorre é que nessa modalidade de aquisição de propriedade imobiliária, usucapião administrativa, difere totalmente da modalidade judicial. A modalidade de usucapião administrativa não guarda relação com a tradicional Ação de Usucapião.

Na Usucapião Administrativa, o notário e registrador deve observar apenas a notificação do proprietário que consta no registro, dos confrontantes e de eventuais interessados; tendo assim o procedimento administrativo trâmite unicamente perante o Cartório do Registro de Imóveis que abranja a área objeto de demarcação (RIBEIRO, 2010, pág. 1092)¹⁰.

O fundamento é o de que, sendo a usucapião forma originária de aquisição de propriedade, equipara-se à do terceiro de boa-fé a título oneroso, já que o transmitente não é titular de direito e não pode dele dispor, recebendo o adquirente um direito de quem não tem.

Logo, não havendo qualquer incompatibilidade entre o registro existente no cartório imobiliário com o instituto da usucapião, observa-se que o Notário ou Registrador, poderá realizar anotação junto àquele,

9 ANDREAZZA, Op. Cit.

10 RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, volume 2.** 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

para fins remissivos ou de controle real da situação do imóvel oriundo da usucapião (RIBEIRO, 2010, pág. 232)¹¹.

3.2 A Usucapião Administrativa e seus reflexos no âmbito do Direito Notarial e Registral

Com a promulgação da Lei 11.977/2009, passou a ser tratada a função social da propriedade, relacionada aos habitantes de assentamentos urbanos consolidados, que não foram constituídos de maneira regular na redação legal da Lei 6.766/1979.

A mencionada Lei trata em seu capítulo III sobre a “Regularização Fundiária de Assentamentos Urbanos”, estando definida no art. 46 como “conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes” tudo visando garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” (ANDREAZZA, 2012)¹².

Assim, dentro do contexto Notarial e Registral, em suma, podemos vislumbrar as seguintes etapas administrativas para que haja a efetiva transferência da titularidade sobre o bem imóvel objeto de usucapião administrativa, quais sejam: a Averbação do Auto de Demarcação Urbanística, a Elaboração do Projeto de Regularização Fundiária, o Registro do Parcelamento decorrente do Projeto de Regularização Fundiária, o Registro da Legitimação de Posse, o Registro da conversão da legitimação de posse em propriedade, e, a Averbação do cancelamento da Legitimação de Posse (ANDREAZZA, 2012)¹³.

Assim, segundo entendimento da ilustríssima Gabriela Andreazza (2012), passamos a verificar cada etapa desse processo.

A demarcação urbanística está prevista no artigo 47, III, da Lei 11.977/09 como “procedimento administrativo pelo qual o poder público, no âmbito da regularização fundiária de interesse social, demarca imóvel de domínio público ou privado, definindo seus limites, área, localização e confrontantes”. Assim, todo esse procedimento é realizado com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses.

E, na prática, o auto de demarcação urbanística deverá ser instruído com planta e memorial descritivo da área a ser regularizada, de maneira que seja possível sua completa especialização objetiva e subjetiva, planta de sobreposição do imóvel demarcado com as atrás já matriculadas e certidão da matrícula ou transcrição da área.

Assim, quando o auto de demarcação urbanística é protocolado no Registro de Imóveis, o Oficial Registrador deverá proceder às buscas para identificação do proprietário da área a ser regularizada e das matrículas ou transcrições que correspondam à área.

Na sequência, o Oficial deverá notificar o proprietário e os confrontantes da área demarcada, pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou ainda por solicitação feita ao Oficial de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, para impugnar a averbação do auto no prazo de 15 dias.

Após a averbação do auto de demarcação urbanística, um dos efeitos registrais passa a surtir efeito na medida em que o ato será oponível erga omnes. Na prática, ninguém pode negar conhecimento do fato público de que aquela determinada área será inserida em projeto de regularização fundiária; portanto, os elementos mínimos do projeto de regularização fundiária estão previstos no artigo 51 da Lei 11.977/09.

Elaborado o projeto de regularização, o parcelamento dele decorrente deverá ser apresentado ao Registrador Imobiliário. A Seção IV do Capítulo III da Lei 11.977/2009 trata justamente do Registro da Regularização Fundiária.

O registro do parcelamento importará na abertura de matrícula para toda a área objeto de regularização, se não houver e na abertura de matrícula para cada uma das parcelas resultantes do projeto de regularização fundiária.

Portanto, após o registro do parcelamento decorrente do Projeto de Regularização Fundiária, com a abertura de matrícula individualizada para cada um dos lotes decorrentes do parcelamento, a Lei determina

11 RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião, volume 1**. 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

12 ANDREAZZA, Op. Cit.

13 ANDREAZZA, Op. Cit.

que o Poder Público conceda título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados.

Trata-se de reconhecimento jurídico (titulação) de uma situação de fato (posse). É o Estado reconhecendo direitos que nascem da dinâmica social, buscando inserir na seara dos direitos reais a população menos favorecida economicamente.

Como vimos, após a superação de etapas prévias consistentes na averbação do auto de demarcação urbanística, a elaboração de um projeto de regularização fundiária e o registro do parcelamento dele decorrente, chegamos ao momento em que o Poder Público confere aos possuidores titulares do domínio útil um título de legitimação de posse.

No entanto, insta ressaltar que, nos termos da Lei, a legitimação de posse só será concedida a possuidores que não sejam concessionários, foreiros ou proprietários de outro imóvel, urbano ou rural, e não sejam beneficiários de legitimação de posse concedida anteriormente.

Ao final, no tocante ao Registro e conversão da posse em propriedade, verifica-se que a Lei de Registros Públicos, passou a contar a partir da inclusão feita pela lei 12.424/2011, com mais uma hipótese de registro em sentido estrito: trata-se do registro da “da conversão da legitimação de posse em propriedade, prevista no art. 60 da Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009”.

Assim, de acordo com o art. 60 da Lei 11.977/2009, o detentor do título de legitimação de posse, somente poderá requerer ao oficial de registro de imóveis a conversão do seu título em registro de propriedade, após 5 (cinco) anos de seu registro, tendo em vista sua aquisição por usucapião, nos termos do art. 183 da Constituição Federal.

Considerações Finais

A lei nº 11.977/2009 finalmente surgiu e trouxe normas efetivas para a regularização fundiária urbana. Ela não apenas criou o procedimento de regularização fundiária, mas o equipou com os instrumentos jurídicos necessários e eficazes para ver seus objetivos plenamente atingidos.

Diante das disposições da Lei em comento, verifica-se que o direito de propriedade somente será extinto pela prescrição aquisitiva do possuidor, mediante um devido processo legal, a usucapião extrajudicial, mais simples, célere e eficaz que a processada pela via judicial.

Assim sendo, conclui-se que, para a solução dos problemas de ocupações irregulares existentes em todo o país, bastava uma legislação bem elaborada, não conflitante com outros diplomas legais, que privilegiasse a atuação do registrador imobiliário, como disposto na Lei nº 11.977/2009.

Como se sabe, é o registrador de imóveis que tem o dever legal de garantir os direitos reais incidentes sobre a propriedade imobiliária e possui os mecanismos necessários para bem conduzir tal procedimento.

Desta feita, destinando a esse profissional do direito a responsabilidade para dirimir os problemas relacionados às propriedades irregulares, tal procedimento da Usucapião Administrativa tornou-se muito mais seguro, célere e, principalmente, eficaz.

Referências

AGHIARIAN, Hércules. Curso de Direito Imobiliário. 9ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANDREAZZA, Gabriela Lucena. Usucapião administrativa: conversão da legitimação de posse em propriedade. IRIB – São Paulo: abril/2012.

ANDREAZZA, Gabriela Lucena. Usucapião administrativa: reflexos no registro de imóveis. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22767>>. Publicado em 10/2012. Acesso em 21 out 2013.

AUGUSTO, Eduardo. Usucapião Extrajudicial – o instrumento eficaz da regularização fundiária. São Paulo, p. 1-19, abril/2012.

BORGES, Antonino Moura; BORGES, Daniel Zanforlim. Posse, Propriedade e Reivindicatória. 3ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2012.

BRASIL. Código Civil de 2002 - Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Câmara dos Deputados – Coordenação de Publicações, 2002.

BRASIL. Lei nº 12.424, de 16 de junho de 2011. Altera a Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida - PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, as Leis nos 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 4.591, de 16 de dezembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2011.

BRASIL. Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997. Dá nova redação ao art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973; acrescenta inciso ao art. 1º da Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996; e altera os arts. 30 e 45 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que dispõe sobre os serviços notariais e de registro. Brasília: Congresso Nacional, 1997.

BRASIL. Provimento CG nº 40 de 17 de dezembro de 2012. Altera a redação do capítulo XIV das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça. São Paulo: Corregedoria Geral de Justiça, 2012.

BRASIL. Lei 11.977 de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em 21 out 2013.

BRASIL. Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os Registros Públicos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015.htm>. Acesso em 25 out 2013.

BRASIL. Lei 8.935 de 18 de novembro de 1994. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos Cartórios). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em 25 out 2013.

CHALHUB, Melhim Namem. Usucapião Administrativa. Rio de Janeiro: revista IDEAL – Direito Notarial e Registral nº 1, jan-jun/2010; julho/2012.

DAHIBIR, Rahj Al. Prática do Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e RCPJ. Santa Cruz da Conceição: Vale do Mogi, 2010.

GOMES, Rosângela Maria de Azevedo. Usucapião Administrativa – breves considerações. São Paulo, p. 1-12, 2012.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia Científica. São Paulo – SP: Atlas, 1991.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

OLIVEIRA, Fernanda Loures de. Usucapião Administrativa: uma alternativa possível. Revista dos Tribunais on-line – Revista de Direito Privado. Vol. 48 – p. 129 – Out/2011.

PERNAMBUCO. Provimento nº 20, de 20 de novembro de 2009. Atualizado até o Provimento nº37, de 27/09/2011. Dispõe sobre o Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco. Corregedoria Geral de Justiça. Pernambuco, 28 set. 2011.

RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de usucapião, volume 1. 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de usucapião, volume 2. 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

RIOS, Arthur; JUNIOR, Arthur Rios. Manual de direito imobiliário: de acordo com as novas alterações na lei do inquilinato. 4ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.

ROSA, Edson Costa. Prática de direito imobiliário. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2012.

SALLES, Venício. Usucapião Administrativa – Lei 11.977 de 2009. São Paulo, p. 1-8, 2012.

REPRESENTAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO REALIZADA PELA COMISSÃO DE CIDADANIA, DIREITOS HUMANOS E PARTICIPAÇÃO POPULAR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO, REQUERENDO PROVIDÊNCIAS CONTRA AS TORCIDAS ORGANIZADAS

Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça.

C/ cópia, pela competência, aos Promotores Ricardo Coelho (Consumidor), José Bispo (Juizado do Torcedor) e Marco Aurélio (Cidadania).

Em março de 2012 a Federação Paulista de Futebol proibiu a entrada nos estádios das torcidas organizadas Gaviões da Fiel e Mancha Alverde em decorrência da morte de um torcedor integrante dessa última torcida organizada ocorrida a partir de um confronto entre ambas antes do clássico Corinthians e Palmeiras, o qual teria sido organizado por meio da internet. A medida, que tem natureza administrativa e não judicial, é decorrência da solicitação de uma Delegada de Polícia à Federação Paulista de Futebol, que aplicou dispositivo expresso do Estatuto do Torcedor ao determinar a proibição da entrada das duas torcidas organizadas nos estádios.

Na verdade, não foi esta a primeira vez que torcidas organizadas são barradas de ingressarem nos estádios. Há alguns anos, também no Estado de São Paulo, o Ministério Público estadual instaurou Inquérito Civil contra grupos de torcedores organizados que culminou com o Termo de Ajustamento de Conduta no qual houve inclusive a dissolução da Torcida Tricolor Independente e o grêmio esportivo que a congregava. O tema também tem nitidamente repercussão processual, na medida em que se cogita da possibilidade ou não de decisão judicial que impeça a manifestação coletiva de agremiações esportivas como torcidas organizadas.

Desde as primeiras proibições às torcidas organizadas até a edição da Lei n.º 10.671 de 2003, conhecida como Estatuto do Torcedor, que sofreu sensíveis alterações em 2010, pela Lei n.º 12.199, inclusive no tocante ao tema das torcidas organizadas, revelando a violência no futebol é muito recorrente no país, e medidas jurídicas vêm sendo tomadas para tentar contê-la.

A referida alteração no Estatuto do Torcedor datada de 2010 acrescentou o artigo 1o-A **que estabelece que a prevenção da violência nos esportes é de responsabilidade do poder público, das confederações, federações, ligas, clubes, associações ou entidades esportivas, entidades recreativas e associações de torcedores, inclusive de seus respectivos dirigentes, bem como daqueles que, de qualquer forma, promovem, organizam, coordenam ou participam dos eventos esportivos, e também definiu, no art. 2o-A, que “Considera-se torcida organizada, para os efeitos desta Lei, a pessoa jurídica de direito privado ou existente de fato, que se organize para o fim de torcer e apoiar entidade de prática esportiva de qualquer natureza ou modalidade.”**

Para a nova legislação, a finalidade das torcidas organizadas é a torcida e o apoio a entidades esportivas e, portanto condutas que extrapolam tais ações são indesejáveis e por isso podem ser caracterizadas como abuso do direito de agremiar-se.

Ademais, em decorrência dos riscos de violência que a prática vem revelando ser inerente a tais grupos, a lei também exigiu (§ único do art. 2o-A), **que cada torcida organizada deverá manter cadastro atualizado de seus associados ou membros, o qual deverá conter, pelo menos, algumas informações, como nome completo, fotografia, documentos etc.** A finalidade é claramente a de manter um mínimo de controle sobre os sujeitos individuais que integram a coletividade – que inclusive pode ser meramente de fato, sem se constituir como pessoa jurídica – que é a torcida organizada.

E o tema da segurança do torcedor foi objeto de detalhada tratativa no Estatuto do Torcedor após a reforma de 2010, que destina o capítulo IV especificamente para esse tema. São marcantes, quanto a este aspecto, os seguintes artigos:

“Art. 39-A. A torcida organizada que, em evento esportivo, promover tumulto; praticar ou incitar a violência; ou invadir local restrito aos competidores, árbitros, fiscais, dirigentes, organizadores ou jornalistas será impedida, assim como seus associados ou membros, de comparecer a eventos esportivos pelo prazo de até 3 (três) anos”.

“Art. 39-B. A torcida organizada responde civilmente, de forma objetiva e solidária, pelos danos causados por qualquer dos seus associados ou membros no local do evento esportivo, em suas imediações ou no trajeto de ida e volta para o evento.”

Em suma, resta clara a responsabilização das torcidas organizadas em razão do comportamento indesejado, inclusive com a possibilidade de proibição de sua admissão em eventos esportivos pelo prazo máximo de 3 anos.

Isso revela que no campo legislativo existem, atualmente, regras que de fato explicitam uma conduta que na prática já vinha sendo realizada há anos, como por exemplo por meio dos Inquéritos Cíveis que redundaram na extinção da Torcida Tricolor Independente do São Paulo. A questão é marcada, também, por uma dimensão processual muito importante, que é perquirir sobre a possibilidade ou não de se admitir ação judicial que culmine com decisão que impeça o ingresso de torcidas organizadas nos estádios. Em outras palavras, quais seriam as exigências processuais indispensáveis para a eficácia de uma decisão desta natureza.

Esse tema na verdade é relacionado ao processo coletivo, na medida em que as torcidas organizadas são agrupamentos sociais – inclusive com uma finalidade própria e legítima, que é torcer – que congregam em torno de si um grande número de sujeitos individuais que passam a agir coletivamente, e que podem exercer de maneira abusiva esse direito de torcer, o que portanto permitirá um controle judicial de seus atos. A peculiaridade dessa situação frente ao processo coletivo tradicional é que nesse caso o grupo se encontra na qualidade de réu, por isso dando origem à denominada *ação coletiva passiva*.

Há muita polêmica acerca da aceitação desta espécie de ação no direito brasileiro; contudo, conforme opinião de grande parte da doutrina processual, tais ações seriam admissíveis, e as ações contra torcidas organizadas são exatamente um de seus exemplos mais marcantes desta modalidade de processo coletivo.

A preocupação que salta aos olhos nesta espécie de demanda é que a procedência do pedido gerará uma condenação que deverá vincular todos os sujeitos individuais que integram a coletividade, sem a possibilidade de que tais sujeitos possam, no plano individual, oporem resistência ao comando coletivo, como ocorre nos processos coletivos brasileiros quando a coletividade se encontra no polo ativo da demanda. Essa a razão que justifica um controle judicial sobre a representatividade adequada do legitimado passivo o mais rigoroso e cauteloso possível na admissão do representante de todo o grupo como réu na demanda. Se não houvesse essa vinculação aos sujeitos que compõem a coletividade não teria qualquer eficácia a decisão obtida na ação coletiva.

Nesse sentido, inclusive, consoante à inovação legislativa do Estatuto do Torcedor, o controle sobre os torcedores individuais que integram cada Torcida Organizada é uma forma de efetividade no cumprimento da decisão coletiva, na medida em que é certo que a Torcida poderá controlar os seus membros com base no conteúdo da decisão condenatória, impondo-a para todos.

E é claro também que a condenação deverá ter limitação à esfera coletiva da conduta, ou seja, a força do grupo representado no entorno de uma torcida organizada, e que é geradora das condutas violentas nos estádios, é que está proibida, restando incólume a esfera essencialmente individual do ato de torcer; em outras palavras, em tese cada membro de uma torcida organizada, isolada e individualmente e portanto não como integrante de uma torcida organizada, poderá ter acesso às partidas de futebol, pois ainda que houvesse decisão judicial que colhesse a dimensão coletiva da conduta, a esfera estritamente pessoal de cada torcedor não poderia ser alcançada. Afinal, está em jogo o direito ao lazer.

Assim, por todo o alegado, na condição de Presidente da Comissão da Cidadania, Direitos Humanos e Participação Popular, da Assembleia Legislativa de Pernambuco, requeiro, a intervenção do Ministério Público Estadual, para promover a competente ação judicial, de interesse coletivo, com pedido de concessão de liminar para que as torcidas organizadas e seus integrantes sejam impedidos de comparecer a eventos espor-

tivos, em todo o território nacional, até o julgamento final dos processos porventura existentes; a dissolução das torcidas organizadas *para garantir a segurança e sossego públicos*, uma vez que houve o desvirtuamento de suas finalidades, sendo as torcidas organizadas utilizadas para a promoção de atos e práticas ilícitas, inclusive ilícitos penais, com a ocorrência de atos de violência e tumultos a elas relacionados, causando enormes danos à sociedade, gerando a sensação de falta de segurança dentro e fora dos estádios.

O que se pretende é que a Justiça decrete a proibição de associados, sócios e integrantes das torcidas organizadas de frequentar os locais onde se realizem eventos esportivos, bem como a utilização de elementos identificativos, indumentárias ou acessórios, desenhos ou equivalentes que identifiquem as agremiações, sob pena de multa diária de R\$ 1 mil por integrante identificado, além de sua retirada compulsória do local. Busca, ainda, a suspensão dos torcedores identificados nos estádios e eventos futebolísticos, pelo prazo de três anos, conforme determina o Estatuto de Defesa do Torcedor, além da dissolução da associação, com a consequente anulação do registro civil de pessoas jurídicas.

As torcidas organizadas, dos três maiores clubes da capital pernambucana têm entrado em confrontos com vários resultados danosos aos interesses da sociedade.

Pelo que se tem noticiado as ocorrências policiais envolvendo as torcidas organizadas, têm se tornando frequentes, eis que em boa parte dos jogos de futebol há tumultos ou atos de violência envolvendo seus integrantes.

O que se verifica é que há um distanciamento da finalidade social e esportiva das torcidas. Ao invés de promover o amor e interesse pelo esporte as torcidas organizadas passaram a praticar atos de violência contra o patrimônio e integrantes de outras torcidas organizadas, além de torcedores de outros times.

A violência, ao invés do esporte, tornou-se o mote dessas torcidas organizadas, travestindo-se de associação com fins lícitos, para entidade promotora de atos ilícitos, configurando-se em verdadeira atuação de quadrilha ou bando, o que tem chegado ao nosso conhecimento, seja pela imprensa, seja através do que colhemos nas Audiências Públicas onde se buscava alternativas e resultados compatíveis com o espírito esportivo, que deve nortear as relações das torcidas que se dizem representantes dos times futebolísticos. Mas o que ainda assistimos é que tem se tornado frequente a ocorrência de atos de violência, tumultos, brigas e outros ilícitos penais envolvendo integrantes das torcidas organizadas.

Assim, com fundamento na Constituição Federal, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Torcedor, é que requeremos:

1 - A proibição de associados, sócios e integrantes das torcidas organizadas de frequentar os locais onde se realizem eventos esportivos, bem como a utilização de elementos identificativos, indumentárias ou acessórios, desenhos ou equivalentes que identifiquem as agremiações, sob pena de multa diária de R\$ 1 mil por integrante identificado, além de sua retirada compulsória do local;

2 - a suspensão dos torcedores identificados nos estádios e eventos futebolísticos, pelo prazo de três anos, conforme determina o Estatuto de Defesa do Torcedor;

3 - a dissolução da associação, com a consequente anulação do registro civil de pessoas jurídicas;

4 - a apuração da responsabilidade dos clubes de futebol, por ação ou omissão, em relação às ocorrências delituosas envolvendo suas torcidas organizadas;

5 - a apuração da responsabilidade, por ação ou omissão, do Governo de Pernambuco, tendo em vista declarações dadas pelo Juiz Ailton Alfredo, em entrevista concedida ao Jornal do Comércio, de 03 de março próximo, às fls. 3, dando conta que:

5.1 - “Após acompanhar os fatos que ocorreram nas proximidades da Ilha do Retiro e na cidade, admitiu que há uma falha na logística no plano traçado por autoridades do Estado e lançado em março do ano passado, para diminuir os casos de violência relacionados ao futebol – elaborado pós caso Lucas Lyra.”

5.2 - Ainda segundo a mesma Autoridade, na reunião que se realiza hoje, na Câmara Setorial de repressão da violência desportiva, do Pacto Pela Vida, ele questionará sobre a operacionalidade do protocolo, vez que havia 37 metas com o objetivo de organizar a segurança nos estádios de futebol.

5.3 - Outro ponto destacado pelo Magistrado, diz respeito ao fato de que as pessoas detidas não foram apresentadas ao Juizado do Torcedor, o que deveria ser a praxe do procedimento.

Por todo o exposto e levando em conta o relevante papel do Ministério Público é que apresentamos a presente Representação, requerendo a instauração do competente inquérito civil público, buscando a celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta, a ser firmado com as partes aqui arroladas: Governo do

Estado, times de futebol, torcidas organizadas e ainda, pela competência, com a Federação Pernambucana de Futebol.

Termos em que, Pede e Espera Deferimento.
Recife, 11 de março de 2014.

Deputado Betinho Gomes
Presidente da Comissão da Cidadania, Direitos Humanos e Participação Popular.

JUSTIÇA JUSTIFICADA POR HOMENS FIÉIS *

Jones Figueirêdo Alves

Desembargador Decano do Tribunal de Justiça de Pernambuco

As pessoas fiéis de justiça tem sua prece como a escuta interior de uma dignidade íntima com o próximo. Desse modo aprofundam a sua fé. Colocam-se determinadas a esse serviço, com a mesma devoção que as manhãs reluzentes tecem suas horas a romper as madrugadas. Nessa tessitura de arrebol, são pessoas certas na interlocução dos diálogos precisos, e em coesão e coerência identitárias com os valores de justiça.

Assim como o pintor que dialoga com sua arte e no relato dos seus pincéis, faz da pintura a tradução de sua sensibilidade artística, o homem fiel que administra justiça tem na interioridade de seus ideais a fonte que exteriora as mesmas matizes impressionistas que decifram o mundo.

Como expressão do pensar e do sentir, ele também emoldura um quadro novo, com o acervo notável de sua história judicante, em criações ressurgentes de justiça. Os pincéis do homem justo são as suas decisões. O homem fiel faz da justiça, em sua cosmovisão, por razões práticas, urgência e racionalidade, segurança e efetividade, compromisso e virtude primordial.

Quando em dia de hoje, as realidades desta Corte e do Poder Judiciário em sua unidade monolítica, vestem-se mais de um substrato, para além do manto diáfano das togas; cientifiquem-se todos, de pronto advertidos, que as vestes tem cores domingueiras e futuristas, no colorido festivo que não apenas soleniza este instante, em liturgias de posse; celebra-se a vida da instituição, em confiança unida e convergente de todos os seus membros.

É que, em primeiro e antes de tudo, este homem fiel, feito de fidelidades acendradas consigo mesmo e com a sociedade a que serve, está a assumir a chefia de um dos Poderes de Estado, como um juiz de vocação, forjado em muitos talentos.

Mestre por ciências do conhecimento e, sobremodo, artífice de justiça na sua forma mais idealista, ascende a direção da magistratura do Estado, como um esteta virtuoso e exímio com as visões de fascínio pelo seu ofício.

Frederico Ricardo de Almeida Neves, magistrado e humanista, é o homem fiel que substancializa a instituição, ao colocar-se agora seu dirigente maior.

Frederico Neves é Monet, seu pintor preferido, na pintura do sol nascente, com a mesma agudeza sensível de quem “definindo a sutileza das relações entre o tons”, faz o sol atravessar o nevoeiro, erguendo a justiça no reflexo da luz do sol, a transmitir-lhe, afinal, a melhor cena. Confiável de caráter, por virtudes certas e transparências de conduta, não vive de sombras.

Esta é a epígrafe que apresenta o personagem em seu sítio mais aperfeiçoado, o seu lugar de justiça, a justiça melhor feita. O que tem, muito por certo, em figura de símbolo, uma idêntica expressão de conquista de modernidades, como a da estação Saint-Lazare, da Paris da época de Monet, que a identificou visualmente na essência de uma vida moderna anunciada. Ele chega com esse anúncio, o de aprimorar a paisagem judiciária com novas molduras de uma pintura cuidadosamente equilibrada.

É inegável um novo ponto de partida, nesse paralelismo monetiano, onde os pincéis combinam com as impressões do tempo, do mesmo modo que o magistrado, agora gestor, aprofunda a idoneidade com as suas convicções certas, em critérios adjudicativos de valores e crenças. Frederico Neves também é um ponto referencial empírico, no encadeamento dialético que une seu exemplo de julgador a uma sedimentação progressiva de uma justiça idealizada por todos. Nesse incentivo contextual, é tão certo que a lei espera sua melhor evolução pelo trabalho dos juízes, como ineroxável se apresenta, também, a lição que a sua judicatura pratica, a serviço de uma justiça mais eficiente e verdadeira.

Por ele, estamos acertados e concordes que a grande sutileza da vida é sermos intelectualmente nela colocados como seres pensantes e pulsantes, sem perdermos a singeleza das coisas simples e permanentes,

como seres de humildade cristã. Assim, o compromisso intelectual que não afasta o encadeamento dialético com o direito como ciência é o mesmo compromisso que aproxima o próximo mais vulnerável e carente de uma justiça mais fraterna e solidária.

O verdadeiro direito é inseparável da justiça, na ordem justa das coisas humanas, nas quais deve viger uma lei superior, a da dignidade das pessoas. Por esse princípio, a obra humana de interpretação do direito será, sempre e continuamente, a jornada de uma justiça protagonista de superação dos desequilíbrios, de identidade dialogal com os que dela mais necessitam, de ruptura definitiva das tensões sociais e, sobretudo, de construir o jurídico a partir do compromisso honesto do próprio dever de justiça.

Quando ouvimos, presentemente, as palavras enérgicas dos que não tinham voz; as atitudes de auto-resgate das pessoas que precisam de sua individualidade reconhecida, pelo direito de existir; as situações de clamores exaltados contrapondo-se às indiferenças, em perspectiva de primaveras; chama a atenção sublinhar o conjunto das forças sociais como um novo paradigma para uma reconstrução de justiça. Expressar justiça com perfeição, diante dos antagonismos humanos e das desigualdades sociais, convoca mais do que nunca a capacidade de fazer a justiça de situação no tempo substancial em que haverá de ser feita, sob pena de perda da sua legitimidade e adequação.

Não encontra mais lugar na sociedade consciente de direitos, uma justiça tardia, cuja morosidade deve-se unicamente aos que demoram tratá-la com a dignidade de um Poder de Estado, deixando-a sempre submetida às limitações estruturais ou às burocracias de lei.

Em ser assim, chama também a atenção, no sentido de o Judiciário, a despeito dos déficits de sua organicidade, e das insuficiências legais, fazer-se capaz, por si mesmo, de impor a sua presença republicana, no âmbito de suas limitadas condições, com as atitudes mais afirmativas de sua jurisdição.

Tudo é urgente e preciso, quando o direito a ter direitos significa pertencimento a uma sociedade que se reconheça protegida por uma justiça afirmativa para todos e não para alguns ou poucos.

Frederico Neves traz consigo os implementos dessa concretude inadiável, pactuando a justiça pelos critérios objetivos de eficiência de resultado, destinados ao exercício de uma magistratura de governança decisória suficiente a se justificar publicamente, de acordo com os interesses da sociedade.

Bem é certo ele pensar e agir devotado, adotando a encíclica papal de Bento XVI “Caritas in Veritate” (“A Caridade na Verdade”) como uma de suas obras imediatas de reflexão.

Em sua encíclica assinalou Bento XVI que “o desenvolvimento humano é uma vocação, um designio que vem de Deus que pronuncia o seu maior “sim” ao homem. Deus quer que o homem tenha mais para “ser mais”. O “capital social” pelo qual devemos tudo fazer é a fraternidade, a confiança, o respeito pela pessoa humana. Não basta a “lógica mercantil”, é preciso a “lógica da gratuidade”, ou seja, a democracia econômica, a própria civilização da economia”.

Na sua magna assertiva, de ponderação pastoral, “leis, instituições e técnica não conseguiram implantar a justiça, o direito, o bem comum e o desenvolvimento integral. Diante disso, precisamos da força propulsora do amor e da verdade. O amor revigora a justiça e vai além dela. A verdade gera confiança, diálogo, responsabilidade social e combate a corrupção, a fraude, a ilegalidade e imoralidade pessoal e pública”.

De efeito, não é base utópica admitir que “o mundo precisa do amor e da verdade para alcançar o verdadeiro humanismo, o desenvolvimento integral, e o bem comum”. Nos tempos de hoje, a maior crise é a falta de alicerce moral que prioriza interesses próprios e não persevera por uma sociedade mais justa, somente alcançada quando a cidadania estiver garantida, em toda abrangência, pelo bem estar coletivo. Esta é a diretiva da justiça exponencial, vinculada por decisões justas ao arrimo de valores e normas e constituída por um novo contrato social.

Eis então Frederico Neves como liame de tais assertivas e princípios, nos graus de suas convicções que fortalecem a sua pessoa.

Dotado das formas de excelência, intelectuais e morais, onde a sabedoria, inteligência e discernimento, as primeiras, combinam com a liberalidade e a moderação, as segundas, como exemplos de formas, em forte determinação de espírito para o agir excelente, que o fazem mais capacitado na vida e no ministério de julgar.

Aliás, duas vidas aqui se entrelaçam em trespasses de experiências e de tempo, a sua pessoal e a da instituição judiciária, por razões teleológicas que as permitem guiarem-se por caminhos contínuos, idênticos e reiterados de virtudes de justiça feita.

A do homem justo e a da instituição de justiça estão em inteira conformidade, em exata medida dos acertos que uma e outra ensinam entre si o quanto pessoas que guarnecem consigo o sentimento de justiça podem praticá-la, na dimensão pessoal de vida devotada à instituição e na instituição que a todos vincula, como realização de justiça, no bem comunitário que é sua maior virtude.

Esta Corte recebe o seu novo dirigente como o magistrado que, de maneira congênita, com ela se relaciona nos ideais de justiça, como prática de excelência moral perfeita e a tanto, oferece como dádivas o seu histórico de vida, suas disposições de alma, seus atos justos e probos. A fazer o que é justo, a agir justamente, e a desejar o que seja justo, na tríade concepção que o filósofo estagirista leciona em sua “Ética à Nicômaco”. Ele chega com os pressupostos de consenso de todos e com as credenciais de seus méritos aristotélicos.

É o mesmo magistrado que em 1985 ingressou na magistratura estadual, na comarca de Santa Maria da Boa Vista, do sertão do São Francisco, pelos sonhos irreversíveis que sempre o acalentam em intrepidez de diálogo com o destino e que estão incorporados ao seu patrimônio interior.

Sua judicatura de primeiro grau, naquela origem, teve a mesma obra de arte da paisagem que habitou, pelas resistências de combate, no brilho que incandesce, ou em superações que acrescentam.

Naquele cenário avermelhado, de chão de barro rachado ao sol, onde a vegetação seca sobrevive no exemplo de cactos, xiquexiques, flores de jurema, umburanas, juazeiros, mandacarus e macambiras, fez-se o magistrado com as mesmas forças de iluminação e de coragem, na imagem inconfundível do homem sertanejo.

Um sertão sem estereótipos, ainda agrário ou rústico, de solo semiárido coberto de estrelas, em meio de sua linguagem própria e de esperanças ávidas de sobrevivência. Iniciações de peleja do guerreiro que luta seu melhor combate. Um juiz também em iniciações, na plenitude de sua toga, pelos empenhos de empreender a justiça e extirpar injustiças. Determinado, nesse fim, em descortino épico; sob arrimo da justiça distributiva, libertária e libertarista, a modular soluções abrangentes do bem coletivo, em justificações do direito posto a cada um. Uma combinação modelar que serve de pressuposto à dimensão ontológica dos desafios.

Sua carreira judicante mapeou o Estado nos polígonos de sua geografia, indo ao agreste na Comarca de Lagoa dos Gatos (1986) e ao litoral, nas Comarcas de Jaboatão, Cabo, Paulista e Olinda (1988), chegando ao Recife, em 1990, pelo critério do merecimento. Uma peregrinação espacial que simboliza uma integração do juiz com a sua gente, por inteiro. Bastou apenas um lustro, na duração de cinco anos, a dar-lhe o verniz necessário de magistrado, em prontitudes de cheganças à capital, onde ficou titular da 16ª Vara Cível.

E também lhe bastaram doze anos, para ascender ao cargo de desembargador, por merecimento, em maio de 2002, ocupando, no Tribunal, em uma década, significativas atribuições, como as de diretor do Centro de Estudos Judiciários – CEJ (por duas gestões), de diretor-presidente da Escola Superior da Magistratura – ESMAPE, e de Corregedor Geral da Justiça estadual, integrando a Mesa Diretora do Tribunal que finda hoje o seu mandato.

Este último cargo sintetiza a sua capacidade de gestor em prol da jurisdição, entendida como a atividade do juiz em aplicação do direito, por provocação daquele que exerce o direito de ação. Seu trabalho corregedor deu-lhe um novo significado de identidade. A jurisdição tornou-se também instrumento de capacitação intelectual e de eficiência de os juízes serem melhores, mais produtivos e compromissados com o seu ofício.

Frederico Neves também é Mentor, a figura mítica da Odisséia, escrita por Homero, tornado o conselheiro de Telêmaco, filho infante de Ulisses, seu melhor amigo, a si confiado enquanto o pai esteve na guerra de Tróia, para prestar-lhe sabedoria, experiência e conhecimento.

Assim o é pela criação, enquanto Corregedor Geral da Justiça, da Mentoria Judiciária, unidade de serviço judiciário pioneira no país, em desempenho de seu papel indutor na formação dos juízes vitaliciandos, submetidos aos períodos probatórios e de iniciação judicante, sob a orientação de magistrados mais experientes e qualificados.

A Mentoria não apenas revelou juízes vocacionados ao ministério de produzir justiça, como sacerdotício de missão elevada; deu-lhes meios e condições de assim se descobrirem capazes a essa vocação, a partir de um trabalho cooperativo e eloquente, onde as exigências do melhor serviço começam pelo digno exemplo de quem as formula como guia.

A Mentoria, como base sistêmica de uma nova postura organizacional, não apenas tem servido de orientação aos juízes identificarem o sentido de suas magistraturas, tornando-as aperfeiçoadas. Mais que

isso, gerencia um modelo de compromisso responsável, onde cada magistrado maximiza o seu potencial para aprimorar-se como juiz e como pessoa. Os dados gerenciais de aprendizado e de produtividade demonstraram que os juízes, sob o período de vitaliciamento, obtiveram performance significativa a indicar resultados de maior eficiência possível. Alcançaram índice de 286% de produtividade, em confirmação qualitativa de desempenho.

Coloca-se ele como o melhor Mentor, não apenas dos novéis juízes, mas de toda uma magistratura, convergente e dinâmica, na operacionalidade de ideários e destemores, a serviço da sociedade. De mesma linhagem nobre, como Ghandi foi o mentor de Martin Luther King e Aristóteles o foi de Alexandre, no impacto positivo de suas ensinanças de fazer melhor as coisas certas e de acreditar nos sonhos em autoconfianças resolutas e intemoratas.

Ele próprio, Frederico Neves, tem os seus mentores, ao dizer, repetidamente, com Luther King, que o que lhe preocupa não é o grito dos maus, mas o silêncio dos bons; a estar sempre pronto a viver porque tem um sonho, e a colocar permanente a mais urgente pergunta a ser feita, nesta vida: “o que fiz hoje pelos outros?” De fato, mentor e mentorado conciliam as prerrogativas que a causa humanitária da justiça vindica e reivindica a todo sempre.

Como afirma Martin Luther King, “nossas vidas começam a morrer, no dia em que permanecemos em silêncio, sobre as coisas que importam, coisas que são verdadeiramente importantes”. Bem por isso, as vozes que se erguem límpidas, não tem falsetes ou sussurros, tibiezas ou fraquezas, elas se expressam nos tons de sinceridade livre, espontaneidade aberta, coragem moral de não dissimulação e proficiência da verdade. Esse tem sido o aprendizado da magistratura por uma justiça superior.

Todas as instituições são feitas de homens, e nada obstante sujeitas às limitações humanas, em práxis condicionantes, merecem sempre, homens bons que as aperfeiçoem. Frederico Neves tem essa inquietude que busca dar o melhor de seu trabalho, a cada vez superando a si mesmo, em vigílias que adiantam o futuro.

Ele é o juiz que uma magistratura comprometida com o direito, com sua missão institucional e com a dignidade do cargo tem como paradigma, referencia e exemplo. Não poderia ser diferente a quem consagra a justiça da cruz, pelo amor ao próximo, como a justiça de sua toga.

Uma melhor palavra será, iniludivelmente, dizer que Frederico, na etimologia do seu nome germânico, “frithurik”, de “frithu”, significa “proteção” e “rik”, significa “senhor”, de tal ordem implicando “senhor da paz”.

Uma paz que ele decanta na família e na amizade, como razões fundantes de sua vida.

Melhor aprendiz dessa paz, pela docência elevada de amor de seus estimados pais, Lucínio de Souza Neves e Maria José de Almeida, a fundação pacífica dos seus rumos.

Desta cátedra parental de validade perpétua, edificou uma catedral de celebração à sua família, nas pessoas de sua amada esposa Márcia, sempre posta em sacrário de sua devoção, nas de seus amados filhos, Rodrigo, Eduardo e Mariana, na do querido neto João, e nas duas netas que estão a caminho de chegada, todos eles sinais mais evidentes de um amor profundamente consubstanciado.

Este Tribunal recepciona no elevado cargo de presidente da Corte, o desembargador Frederico Neves, o reconhecendo apto, afeito e inteiriço com a afirmação institucional do Judiciário estadual. Vinte e oito anos de apostolado na judicatura vos contemplam, a dizer melhor que qualquer linguagem escrita.

De igual modo, esta Corte recebe os demais eminentes integrantes da Mesa Diretora, desembargadores Leopoldo de Arruda Raposo, Fernando Eduardo de Miranda Ferreira e Eduardo Augusto Paurá Peres.

Eles integram a Mesa Diretora não apenas por uma composição funcional que alude aos cargos que a constituem. Em boa verdade, indispensáveis à toda evidência, formam ao lado do presidente Frederico Neves, uma nova experiência gestora de expertise avançada de qualificação jurisdicional.

A dinâmica exemplar de cada um deles consolida a certeza de um Judiciário fortalecido como diretriz fundamental do Estado moderno:

(i) O primeiro vice-presidente, desembargador Leopoldo Raposo, pós-graduado em Administração Pública, pela Escola de Serviços Urbanos, órgão da Presidência da República, magistrado desde 1981, com onze anos de tribunal (2003), é reconhecidamente um obreiro aprovado por suas obras, em qualquer missão desempenhada.

Entusiasmado (“en theos”, literalmente “em Deus”), coloca o seu entusiasmo endógeno no servir como maior motivação ao trabalho executado, por isso mesmo, absoluto de qualidade. Ele instrui a todos os

outros, com sua obstinação de trabalho, capacidade de lavrador paciente, perseverante ao diálogo, de companheirismo ameno e fraterno, servindo como símbolo à medida que sempre disponível a realizar a justiça e a ensiná-la como obra humana, a mais perfeita que seja possível.

(ii) O segundo vice-presidente, desembargador Fernando Ferreira, ingresso neste tribunal, pelo quinto constitucional na classe da advocacia, desde 2002, também com doze anos de tribunal, legítima com a maior eloquência, o instituto do quinto, trazido pelo artigo 104 § 6º da Constituição Federal de 1934; a completar este ano, oitenta anos de prática, na formação compositiva dos tribunais.

A propósito, este Tribunal, em nova e elevada honraria do quinto, resultou premiado, com a inclusão solene, anteontem, em seus quadros, do promotor de Justiça Evandro Magalhães Melo, como o mais novo desembargador da Corte. Aliás, uma quebra de paradigmas que simboliza, antes de mais, os luminários que sinalizam novos caminhos de modernidade.

A regra de participação nos tribunais, em composição heterogênea de reserva dos quintos, mantida por todas as Constituições subsequentes à de 1934, tem sido justificada, com forte carga legitimadora, no presente, pela eficiente atuação jurisdicional do des. Fernando Ferreira.

De conhecimento científico rigoroso, de técnica apurada e de ânimo por justiça, muito visíveis, seu trabalho tem servido a demonstrar a conquista obtida por esta Corte, ao recebê-lo após uma vitoriosa carreira de trinta anos de advocacia empresarial.

Demais disso, sua atuação na vice-presidência de então, integrando a Mesa Diretora finda, foi singular e decisiva para consolidar, com eficiência, a jurisdição prestada pelo tribunal.

(iii) O Corregedor Geral de Justiça, desembargador Eduardo Augusto Paurá Peres, magistrado desde 1982, com doze anos de tribunal (2002) tem o elogio de sua história funcional de juiz e gestor, com passagem em assessoria especial da presidência, direção do fórum do Recife e ouvidoria judiciária, ganhando pluralidade as suas ações participativas em instituições de magistratura, pela defesa institucional que empreende. Secretário Geral da Associação Nacional de Desembargadores tem uma atuação eficiente e reconhecida.

Seu desempenho jurisdicional aponta para um permanente contributo objetivo e a um só tempo vertical, qualificando com a devida presteza a complexidade dos temas contingentes. Esses seus atributos de presteza e de segurança, de responsabilidade institucional com o cargo e com os deveres funcionais, tão inerentes e essenciais ao serviço da justiça, serão elementos indutores ao seu trabalho de corregedor, servindo de lição e de incentivo aos juízes e servidores em avaliação permanente.

Ao tempo instantâneo em que os novos dirigentes assumem os destinos do Judiciário estadual, escolhidos ao biênio 2014/2016, onde o ritual solene institucional faz o protocolo de passagem, cumpre-nos, ainda, por rigorosa questão da maior justiça, colocar como palavra final, o reconhecimento meritório deste Tribunal e de toda a sociedade pernambucana, ao presidente Jovaldo Nunes Gomes, em sua atuação no biênio agora encerrado.

Sua gestão foi exercida, como antes havia sido previsto, com a toga tecida de humanidades, estabelecido o manto de justiça com o talho da sociedade. Aceitou os desafios, enfrentou os impasses, consolidou acertos, definiu por definitivo um tribunal feito de autorrespeito e credibilidade, assentou bases sólidas da justiça que sedimentam os maiores créditos de sua realização.

Indicar dados estatísticos, preponderando o aumento substancial de 57% de feitos julgados, no universo de 1,8 milhão de processos, quando ano passado foram julgadas 723 mil ações, diante de 482 mil novas ações ajuizadas, seria expressar apenas uma partícula de sua gestão, à guisa de mero título relatorial, nos indicativos de superação.

É certo que em sua gestão se sobressaíram novos e significativos avanços. Dentre eles, elencam-se:

(i) o de dotar todas as serventias judiciais de estrutura de pessoal adequada às necessidades das Comarcas, em ponderação da qualidade do serviço;

(ii) as construções de fóruns, como o da Comarca do Jaboatão dos Guararapes, como estruturas físicas de modernidade operacional;

(iii) o número de 1.019 cargos de servidores criados e providos, ano passado, em política de pessoal qualificada;

(iv) a consolidação do processo judicial eletrônico, na sua irreversibilidade tecnológica, como referência transformadora da prestação de justiça;

(v) a integração de parceria público-privada, viabilizando o polo de jurisdição integrada, na Ilha Joa-

na Bezerra, reunindo as instâncias judiciárias e os fóruns especializados da Capital. Avanços reformistas que são antecipações de futuro;

(vi). Mais de duas mil sessões do Tribunal do Júri, ano passado, em ápice das metas do ENASP; e

(vii) a elevação quantitativa da composição do Tribunal, com sete novos cargos de Desembargador, para atender as necessidades da jurisdição do segundo grau.

Cuide-se, porém, que tais registros não atendem a uma expressão que sirva de síntese de tudo o que ele prestou, com dimensão de estadista, à história do Judiciário pernambucano, em sua afirmação institucional.

Seja, portanto, o melhor manifesto de gratidão e de reconhecimento ao presidente Jovaldo, o testemunho uníssono dos seus pares e da magistratura estadual, a assinalar na memória do coração e nos pergaminhos da história judiciária, a pedagogia de sua gestão.

Vossa Excelência, presidente Jovaldo Nunes, ensinou justiça. Nela colocou toda a essência que sua vida pessoal e o seu trabalho de juiz sempre refletiram, com a leveza do homem amável e simples, piedoso e verdadeiro nas ações e nas palavras, sobretudo, acreditando em sua capacidade de fazer o melhor que se propõe.

Não é sem razão que sua pessoa é simbólica, em estreita relação com o significado de sua obra. Uma Justiça de conteúdo, revestida de universalidade dos seus valores, foi o cotidiano obtido a cada atividade de condução do seu governo. A magistratura do Estado aprendeu consigo que o modo mais eficiente de fazer justiça é acreditar no compromisso de fazê-la, pouco importam as dificuldades.

A justiça tem o seu nome. Sua presidência foi um dos mais dignificantes e eloquentes apostolados de justiça que o Tribunal já vivenciou.

Nesse liame absoluto, que une esta Casa aos seus dirigentes, ganha ensejo, por razão pública intrínseca, no tributo de reconhecimento pessoal aos que assumem os destinos do Judiciário estadual, repetir a exortação feita por Ricardo Reis, heterônimo do poeta português Fernando Pessoa, quando conclama:

“Para ser grande, sê inteiro:
nada teu exagera ou excluí.
Sê todo em cada coisa.
Põe quanto és, no mínimo que fazes.
Assim em cada lago, a lua toda brilha,
Porque alta vive”.

Este tribunal vive convosco, porque também inteiro aprendeu a ser.

* Discurso de Saudação à nova Mesa Diretora do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, integrada pelos Desembargadores Frederico Ricardo de Almeida Neves (Presidente), Leopoldo de Arruda Raposo (1º Vice-Presidente), Fernando Eduardo de Miranda Ferreira (2º Vice-Presidente) e Eduardo Augusto Paurá Peres (Corregedor Geral da Justiça), proferido em nome da Corte de justiça estadual, em Sessão Solene do Tribunal Pleno, realizada em 06.02.2014.



ADVOGADO, VOCÊ TEM DIREITO A UM SORRISO SAUDÁVEL.

PLANO ODONTOLÓGICO GRÁTIS PARA O ASSOCIADO.

A partir de 2014, os advogados inscritos na OAB, adimplentes, podem contar com um plano odontológico integral, que oferece tratamentos preventivos, corretivos e restauradores, de alta qualidade, em modernas clínicas especializadas distribuídas na região metropolitana do Recife e principais cidades do interior de Pernambuco.

Para isso, basta inscrever-se no programa de assistência odontológica da Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco – CAAPE e usufruir um ano de cobertura, pagando apenas a taxa de adesão, no valor de R\$ 30,00.

Os atendimentos do programa de assistência odontológica da OAB/CAAPE são realizados pelo Plano Odontológico Ortoclin e oferecem:

- Mais de 350 dentistas credenciados
- Consultas e exames
- Emergência e Urgência 24h
- Ambulatório móvel
- Agendamento fácil
- Modernas instalações
- Clínica radiológica
- Restaurações diversas
- Cirurgias ambulatoriais
- Tratamento de canal
- Prevenção em saúde bucal
- Periodontia

Esse é mais um benefício promovido pela OAB para ampliar o direito de todos os advogados à saúde.

Informações e inscrições:

e-mail: planoodontologico@caape.org.br
Telefones: (81) 3223.0902 e (81) 3223.8887
Contato: Sheila Lacerda – Setor de Convênios



Advogado: com a Qualicorp você pode ter acesso aos mais respeitados planos de saúde.



Só a parceria da OAB-PE/CAAPE com a Qualicorp proporciona acesso ao melhor da medicina, com inúmeras vantagens para você, Advogado.



- Rede com os melhores hospitais, laboratórios e médicos do Brasil.¹
- Livre escolha de prestadores médico-hospitalares com reembolso.²
- Confira as possibilidades de redução de carências.³

Ligue e aproveite:

0800 799 3003

De segunda a sexta, das 9 às 21h, e aos sábados, das 10 às 16h.
www.economizecomaqualicorp.com.br



¹ De acordo com a disponibilidade da rede médica da operadora escolhida e do plano contratado. ² Conforme condições contratuais. ³ A disponibilidade e as características desse benefício especial podem variar conforme a operadora escolhida e o plano contratado.

Planos de saúde coletivos por adesão, conforme as regras da ANS. Informações resumidas. A comercialização dos planos respeita a área de abrangência das respectivas operadoras. Os preços e as redes estão sujeitos a alterações, por parte das respectivas operadoras, respeitadas as disposições contratuais e legais (Lei nº 9.656/98). Condições contratuais disponíveis para análise. Abril/2014.

Amil: **ANS nº 326305** | Bradesco Saúde: **ANS nº 005711** | SulAmérica: **ANS nº 006246**

Qualicorp
Adm. de Benefícios:
ANS nº 417173