

ADVOCATUS

PERNAMBUCO

ANO 5 | DEZEMBRO 2013 | NÚMERO 12

ENTREVISTA

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Jovaldo Nunes Gomes, faz balanço de sua gestão à frente do TJPE

ARTIGOS

Danos morais impróprios na responsabilidade civil dos empresários

Fábio Ulhoa Coelho

Environmental issues and corporate governance

Giovanni Gomes de Matos

Aplicabilidade dos tratados internacionais para evitar a bitributação

Ricardo Jorge de Carvalho

Aroucha Filho



HOMENAGEM ESPECIAL DA OAB-PE

Parecer do consultor jurídico e advogado Luiz Rafael Mayer, ex-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF)

CURSOS ONLINE
PARA CONCURSOS

30%

DESCONTO

Em janeiro entra no ar o Ceton - Cursos Online para Concursos. Aguarde e se conecte em qualquer lugar do mundo com uma equipe de professores gabaritados e com uma vasta experiência em concursos. Tudo com a comodidade de estudar onde quiser. Garanta os melhores resultados para sua carreira. Faça Ceton. Onde estiver, esteja pronto.

PREPARATÓRIO
OAB

POLÍCIA
FEDERAL

TRIBUNAIS
CONCURSOS
FISCAIS

CFC

MATÉRIAS
ISOLADAS

Copie o código bônus e a seguir insira
no processo de matrícula.*

PROMOÇÃO CETON2014

* Promoção válida de 20 a 30 de janeiro de 2014.



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

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

Joaldo Nunes Gomes, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE). 06

HOMENAGEM

Luiz Rafael Mayer: Um ícone da boa magistratura
Pedro Henrique B. Reynaldo Alves 09

ARTIGOS

Danos morais impróprios na responsabilidade civil dos empresários
Fábio Ulhoa Coelho 18

Environmental issues and corporate governance
Giovanni Gomes de Matos 29

Aplicabilidade dos tratados internacionais para evitar a bitributação
Ricardo Jorge de Carvalho Aroucha Filho 37

As expectativas do novo Regime de Contratações Públicas – RDC
Alberto de Barros Lima 45

Aplicabilidade da Súmula 331 do TST em face da Administração Pública
Orlando Moraes Neto 52

Lavagem de dinheiro e o bem jurídico tutelado na nova lei antilavagem
Andrey Stephano Silva de Arruda 58

Preclusão no Direito Processual Civil – Faculdade ou obrigação?
Ônus ou sanção?
Custódio Feitoza Amorim 64

Breves considerações sobre A Avaliação de Impacto Ambiental em Unidades de Conservação
Cristiano Carrilho 73

Plágio e cópia na sociedade da informação: a metodologia a favor da propriedade intelectual na cibercultura
Alexandre Henrique Tavares Saldanha 80

A caracterização e a dimensão do dano ambiental para a tipificação penal
José Paulo da Silva e Andréa Cristina Carvalheira Guthmann 88

Jus postulandi - Acesso ao judiciário ou risco à Justiça?
Victor Bruno Rocha Araujo 99

MODELOS

Modelo de Habeas Corpus 108



Gustavo Ramiro

Diretor Geral da ESA-OAB/PE

CARO(A) COLEGA,

Chega às mãos dos advogados pernambucanos a décima segunda edição da **Revista Advocatus**. Como já é costume, o foco do nosso periódico continua sendo voltado para temas jurídicos de relevância. Todo o material apenas é publicado após uma esmerada análise por parte do Conselho Editorial da revista.

A presente edição se destaca por uma especial homenagem ao ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, Rafael Mayer, falecido no último dia 23 de novembro de 2013. Como forma de reconhecimento à trajetória do ilustre jurista, é publicado um importante parecer de sua lavra, enquanto Consultor Geral da República, essencial para que a classe dos advogados se mantivesse autônoma e independente. A homenagem é introduzida por nosso presidente, Pedro Henrique Reynaldo Alves, que faz uma apresentação do Ministro Rafael Mayer sob a perspectiva do notável legado jurídico por ele deixado.

Nossa **Revista Advocatus** também apresenta uma entrevista com o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Desembargador Jovaldo Nunes Gomes. O chefe do Poder Judiciário em Pernambuco trata com clareza e objetividade diversos assuntos de interesse da comunidade jurídica, tais como a estruturação das unidades judiciárias, relacionamento entre magistrados e advogados e a implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJE). Caminhando para o final da gestão à frente do TJPE, o Desembargador Jovaldo Nunes faz um balanço dos avanços alcançados e dos desafios para a próxima mesa diretora. É uma entrevista esclarecedora e que merece leitura.

Além do conteúdo citado, a presente edição conta ainda com artigos de advogados, professores e acadêmicos de escol, todos tratando assuntos de significativa importância. Também publicamos um modelo de habeas corpus subscrito pelo advogado Carlos Barros, que colabora com a ESA/OAB-PE à frente da diretoria financeira da entidade, e que gentilmente nos cedeu material que trata de tema instigante e que merece detida análise por parte dos que militam no âmbito criminal.

Todo o material foi selecionado de maneira criteriosa, de modo que o respectivo conteúdo tenha, na medida do possível, cada vez mais alcance e profundidade. Objetivamos, assim, continuar a contribuir com a difusão do conhecimento jurídico, dando ao advogado oportunidades de aprimoramento permanente. Deste modo, fincado no preparo técnico, é possível ao profissional exercer seu ofício de maneira digna.

Boa leitura a todos.

Gustavo Ramiro

Diretor Geral da ESA/OAB-PE

Uma boa prestação jurisdicional passa pela ampliação do acesso à Justiça



Jovaldo Nunes Gomes

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE).

Na presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJPE) desde fevereiro de 2012, o desembargador Jovaldo Nunes Gomes acredita que fez o possível à frente do cargo, que deixa no início de fevereiro de 2014. Durante sua gestão, nomeou 34 novos juízes e 1.019 novos servidores efetivos, o que possibilitou a melhoria do trabalho desenvolvido pela Justiça. Inaugurou três fóruns – Afogados da Ingazeira, Santa Cruz do Capibaribe e Palmares – reformou outros, e iniciou a construção de mais sete fóruns, entre eles os dos municípios de Serra Talhada, Cabo de Santo Agostinho, Abreu e Lima e Goiana. Acredita que a boa prestação jurisdicional passa, necessariamente, pela ampliação do acesso à Justiça, através de novas varas e juizados, e melhoria no atendimento ao cidadão, com uma estrutura física de qualidade. Mas também aposta na expansão do Processo Judicial Eletrônico que, ressalta, vai reduzir significativamente a burocracia no Judiciário e acelerar o andamento das ações.

REVISTA ADVOCATUS: O Sr. está deixando a presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Que balanço o Sr. faz da sua gestão?

JOVALDO NUNES GOMES: Acredito que fiz o que era possível. Gostaria de ter feito muito mais, ter deixado um maior número de juízes, principalmente, mas um concurso demora muito e, por isso, não foi possível nomear mais magistrados. Apesar disso, 34 novos juízes do concurso anterior foram nomeados e entraram em exercício nessa gestão. Tem alguns pontos importantes que gostaria de destacar. A criação de 1.019 cargos de servidores, os quais foram nomeados mediante concurso, o que possibilitou dotar todas as unidades judiciárias com o quantitativo mínimo para a realização do trabalho. Além disso, tem a construção dos fóruns. Já inauguramos alguns e outros estão em processo de licitação para construção.

RA: O Sr. conseguiu avançar em relação à estrutura física do Judiciário?

JNG: Como eu disse, inauguramos três fóruns: Afogados da Ingazeira, Santa Cruz do Capibaribe e Palmares, além de reforma em outros. Um trabalho que começou a ser desenvolvido na gestão dos desembargadores Jones Figueirêdo e José Fernandes de Lemos. Temos ainda outros fóruns cujos processos de construção estão em andamento, cerca de sete prédios, entre eles, Serra Talhada, Cabo de Santo Agostinho, Abreu e Lima e Goiana. Também instalamos cerca de 40 unidades judiciárias. Acredito que a boa prestação jurisdicional passa, necessariamente, pela ampliação do acesso à Justiça, através de novas varas e juizados, e pela estrutura física de qualidade para melhorar

as condições de trabalho de juízes e servidores e, principalmente, para oferecer um local digno para o atendimento da população.

RA: Houve investimento na área de recursos humanos do TJPE, sobretudo na atividade fim do Tribunal?

JNG: Criamos 1.019 cargos de servidores na estrutura do Judiciário estadual. Todos foram nomeados. Foram 564 cargos de analista judiciário, 387 cargos de técnico judiciário e 68 cargos de Oficial de Justiça. Com isso, cada unidade de 1ª Entrância passou a funcionar com dois oficiais de justiça, dois analistas judiciários e quatro técnicos judiciários; na 2ª Entrância, dois oficiais de justiça, dois analistas judiciários e cinco técnicos judiciários; e na 3ª Entrância, dois oficiais de justiça, três analistas judiciários e seis técnicos judiciários. Isso representou um impacto financeiro de, aproximadamente, R\$ 67 milhões no decorrer de todo o ano de 2013, correndo por conta de dotação orçamentária própria. Foi um grande investimento para dotar as unidades com um quantitativo mínimo para o bom andamento do trabalho. Também nomeamos 34 juízes, que estão atuando em todo o Estado.

RA: Está em andamento um novo concurso para seleção de magistrados. O número dos que até o momento estão se habilitando e sendo aprovados nas etapas do concurso atenderia à carência existente de juízes, hoje? Pernambuco precisa hoje de quantos novos juízes?

JNG: Temos, aproximadamente, 190 cargos vagos de juízes em todo o Estado. O concurso que está em andamento tem, hoje, aproximadamente 80 aprovados. Mais ainda não foram concluídas

todas as etapas. Com esse número, não conseguiremos suprir a necessidade de magistrados, mas poderemos melhorar e muito o trabalho. Atualmente, temos juízes que acumulam três comarcas na Capital. No Interior, a situação não é diferente. É uma situação que nos preocupa, mas estamos buscando reduzir essa carência através de concursos.

RA: O TJPE incorporou a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape), que deixou de ser administrada pela Associação dos Magistrados de Pernambuco (Amepe). Como o Sr. avalia essa transição?

JNG: Já fui diretor da Escola da Magistratura e me preocupou e também aos que me sucederam o fato da instituição não ter uma natureza jurídica bem definida. Apesar de prestar um serviço público, era privada e precisávamos organizar essa situação. Acho que foi um passo importante. Conseguimos resolver essa pendência e agora temos uma Escola focada nas necessidades do Tribunal de Justiça e no aprimoramento de seus integrantes. Vale destacar que contamos com a compreensão e colaboração total da Associação dos Magistrados de Pernambuco, Amepe, para essa transição. A Esmape era de propriedade da Amepe, no entanto era mantida com recursos do TJ e privado. Por isso, a Associação nos apoiou em todo o processo.

RA: O número de desembargadores, hoje, atende à demanda de processos que são distribuídos ao TJPE?

JNG: Temos, atualmente, 42 desembargadores. Foram criadas outras quatro vagas, que devem ser preenchidas em janeiro. Com isso, acredito que passaremos a ter um número razoável de desem-

bargadores para atender às demandas do 2º Grau. Esse número está compatível com os outros estados do porte de Pernambuco.

RA: Existe perspectiva de, nesses próximos dois anos, novos cargos de desembargador serem criados?

JNG: Hoje, acredito que o número de desembargadores seja suficiente. Mas a próxima gestão poderá avaliar melhor essa necessidade, uma vez que o número total de desembargadores foi projetado para a demanda atual e, como é sabido, a cada mês, a cada ano, a procura pelo Judiciário aumenta.

RA: Existe intenção de interiorização das sessões de julgamento do TJPE?

JNG: Pretendi iniciar esse processo durante essa gestão. No entanto, as condições não permitiram. Agora, vai caber à próxima gestão avaliar e definir essas questões. Mas seria bom que isso ocorresse.

RA: Como o Sr. vê o trabalho que a ESA-PE tem desenvolvido em nome do aprimoramento profissional e da cultura jurídica?

JNG: O aprimoramento do advogado é fundamental para o bom exercício da profissão. Nesse sentido, a ESA tem um papel muito importante, que é o de oferecer as condições necessárias, através de cursos e convênio inclusive com outras instituições, para que os advogados possam ampliar sua formação, com foco na ética e na transparência nas relações. Até onde sei, esse trabalho vem sendo feito com muita eficiência pelos dirigentes da escola.

RA: Como o Sr. avalia hoje o relacionamento entre os magistrados e os advogados em Pernambuco?

JNG: Acredito que o relacionamento dos advogados com os ju-

ízes é bom. Eventualmente, sabemos de alguma situação pontual, mas é uma exceção. O trabalho no Judiciário não depende, apenas, da atuação de seus integrantes, mas do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos advogados. Por isso, o bom relacionamento entre os profissionais que representam essas instituições é imprescindível.

RA: E entre o Tribunal de Justiça de Pernambuco e a OAB-PE?

JNG: A OAB-PE é sempre uma parceira, com a qual podemos contar e já o fizemos em diversas ocasiões. Também é uma instituição presente, que conhece o funcionamento do Tribunal de Justiça e atua no sentido de colaborar com o trabalho no Judiciário. Temos os seus representantes como verdadeiros incentivadores e colaboradores nos mais diversos projetos.

RA: Um dos desembargadores do TJPE, Stênio Neiva Coelho, inaugurou uma nova modalidade de atendimento aos advogados, que se dá via teleconferência, que se somará ao atendimento presencial. O que o Sr. acha dessa iniciativa?

JNG: Achei uma excelente iniciativa, com a qual concordei e vamos expandir. Acredito que o fato de o desembargador Stênio Neiva ter vindo da OAB o faz conhecedor das necessidades dos advogados. A iniciativa reduz distâncias e traz economia para os advogados, aliando tecnologia e celeridade. Tem o nosso apoio total e incentivo.

RA: Como está a implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJe)?

JNG: O PJe já está funcionando

em todos os juizados da Capital e alguns juizados do Interior. São mais de 30 unidades, no total, onde tramitam mais de 120 mil processos. Acabamos de instalar o sistema nas duas Varas de Execuções Fiscais da Capital, nas quais tramita cerca de ¼ de todos os processos que integram o acervo do Tribunal. Um ganho de espaço e de tempo imensurável. E em janeiro, planejamos instalar o PJe nos Colégios Recursais dos Juizados Especiais, o que vai facilitar muito o trabalho.

RA: O Sr. acredita que o PJe vai conseguir melhorar o andamento dos processos judiciais?

JNG: A utilização do PJe permite que todas as fases do processo sejam realizadas via internet, através do uso do certificado digital. Magistrados, advogados, Defensoria Pública e Ministério Público podem acessar os autos de uma ação de qualquer lugar por meio da rede mundial de computadores e peticionar através dela. O mesmo serve para as partes, que podem consultar os processos através da internet sem precisar ir até a unidade judiciária. Isso reduz significativamente a burocracia no Judiciário e acelera o andamento das ações. Amplia o acesso à Justiça, uma vez que facilita o ingresso de ações no Judiciário. É seguro, por conta do uso do certificado digital, que é uma assinatura eletrônica, e traz outras garantias, como a de que o processo não sofrerá com a ação do tempo. Também facilita o gerenciamento do processo, gera economia de papel e reduz rotinas burocráticas no âmbito do Judiciário, como a necessidade de numeração das folhas dos autos do processo.

LUIZ RAFAEL MAYER: UM ÍCONE DA BOA MAGISTRATURA

Pedro Henrique B. Reynaldo Alves

Presidente da OAB-PE

O ano de 2013 foi marcado por uma perda lastimável para a magistratura e a advocacia nacional e, em particular, pernambucana. No dia 23 de novembro, aos 94 anos de idade, faleceu vítima de insuficiência pulmonar, o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Luiz Rafael Mayer. Muito discreto, estava sempre com um livro embaixo do braço. Por causa de sua simpatia, era chamado por alguns ex-colegas de “o homem mais querido do Supremo”.

O Brasil perdeu, sem dúvida, uma referência de magistrado, de grande valor intelectual e de uma postura humilde, típica dos verdadeiros sábios, que está em escassez nos tempos atuais. Qualidades que fizeram a diferença em todos os cargos que exerceu ao longo de sua história, inclusive nos quadros da OAB-PE, o que muito nos orgulha.

Natural da cidade de Monteiro, na região do Cariri paraibano, Luiz Rafael Mayer fez sua carreira jurídica em Pernambuco. No Recife, cursou o ginásio no Colégio Salesiano (1931-1936), transferindo-se, posteriormente, para o Colégio Pedro Augusto onde cursou o Pré-Jurídico (1937-1938). Em 1939, ingressou na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), bacharelando-se em 1943. Retornando à Paraíba, foi prefeito de Monteiro, de 1944 a 1945.

De volta a Pernambuco, ingressou no Ministério Público do Estado (MPPE), mediante concurso de provas realizado em 1945, para o cargo de Promotor, exercendo-o ininterruptamente de 1945 a 1955. Neste período, foi promovido, por merecimento, de primeira à segunda, e de segunda à terceira entrâncias, nas Comarcas de Serrita, Maraial, Gameleira, Igarassu, Paulista e Recife.

Dono de um extenso currículo, Luiz Rafael Mayer exerceu em Pernambuco vários cargos e atividades públicas. Foi promotor auxiliar da Procuradoria Geral do Estado (PGE), de 1952 a 1954; membro do Conselho Superior do MPPE, no período de 1962 a 1964; subprocurador geral do Estado de Pernambuco (final de carreira do Ministério Público, promoção por merecimento), de 1955 a 1966; e presidente da Associação do MPPE, de 1951 a 1953.

Antes de ingressar no STF, exerceu ainda funções de assessor do gabinete do Ministério da Fazenda (1963); procurador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (1964); assessor-chefe da Assessoria Jurídica do Ministério Extraordinário para a Coordenação dos Organismos Regionais - MECOR (1964-1967); Consultor Jurídico do Ministério do Interior (a partir de março de 1967); e Consultor Geral da República (abril de 1974 a dezembro de 1978).

Com esforço e dedicação, chegou a um dos postos mais almejados entre seus colegas: o de ministro do Supremo Tribunal Federal, sendo nomeado pelo presidente General Ernesto Geisel, em dezembro de 1978, tomando posse no mesmo mês. Na época, ocupou a vaga decorrente do falecimento do ministro José Geraldo Rodrigues de Alckmin. Foi eleito para a presidência do STF em 1986, exercendo-a de fato no biênio de 10 de março de 1987 a 10 de março de 1989, quando aposentou-se. Após sua aposentadoria, trabalhou como advogado e consultor jurídico.

No exercício de outras atividades e funções vinculadas à advocacia, foi sucessivamente advogado do Sindicato dos Trabalhadores em Indústria de Fiação e Tecelagem de Paulista, em Pernambuco (1944-1945); diretor de Estudos Sociais da Federação dos Círculos Operários de Pernambuco (1955-1963); secretário do Conselho Seccional da OAB-PE (1955-1958); e conselheiro do Conselho Federal da OAB (1969-1970; 1971-1972; 1973).

Professor em diversos cursos, inclusive da Faculdade de Direito da UFPE, Luiz Rafael Mayer também assina uma série de publicações, dentre elas, “O Processo Administrativo Disciplinar e o Direito de Defesa” (1962), “Autarquias” (1972), “Supremo Tribunal Federal: Expressão da Independência” (1973) e “Direito de Irrigação no Brasil” (1973). Uma carreira digna das inúmeras homenagens que recebeu ao longo de sua trajetória de vida. O ministro Luiz Rafael Mayer é um ícone da boa magistratura. Uma referência ética e moral. Um exemplo a ser seguido.

PARECER

Luiz Rafael Mayer

Consultor jurídico e advogado.
Ex-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF)

PROCESSO: PR-3972-74 – 011/C/75

ASSUNTO: VINCULAÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL AO MINISTÉRIO DO TRABALHO (DECRETO Nº 74.296, DE 16-7-1974).

EMENTA: O PRECEITO CONSTANTE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 139 DA LEI Nº 4.215, DE 1963, EXCLUINDO A OAB DA INCIDÊNCIA DAS «DISPOSIÇÕES LEGAIS REFERENTES ÀS AUTARQUIAS OU ENTIDADES PARAESTATAIS», DE CARÁTER ESPECIAL, NÃO FOI REVOGADO, EXPRESSA OU IMPLICITAMENTE, PELAS NORMAS GENÉRICAS POSTERIORES, QUER DO DECRETO-LEI Nº 200, DE 1967, QUER DO DECRETO-LEI Nº 968, DE 1969. (ART. 2º § 2º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL). EM VIGOR A NORMA LEGAL ESPECÍFICA, MOSTRA-SE JURIDICAMENTE INSUBSISTENTE O DECRETO Nº 74.296, DE 1974, ENQUANTO VINCULA A ENTIDADE AO MINISTÉRIO DO TRABALHO PARA EFEITO DA SUPERVISÃO MINISTERIAL.

Parecer: L-069

Pelo Aviso nº 340, de 23 de abril p.p., o ilustrado Gabinete Civil da Presidência solicita, de ordem do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, o parecer desta Consultoria Geral «sobre o problema da submissão da Ordem dos Advogados do Brasil à vinculação ministerial de que trata o Decreto-lei nº 200, de 1967, assunto objeto da carta anexa em que o Presidente daquela entidade manifesta empenho em ver solucionada a questão».

O processo vem instruído com estudos e pareceres de eminentes juristas, e manifestações de órgãos da Administração Federal, constantes de dossiê apensado.

Questiona-se, precisamente, a respeito da legalidade do Decreto nº 74.296, de 16 de julho de 1974, que dispõe sobre a estrutura básica do Ministério do Trabalho, no tocante à inclusão, nele feita, do Conselho Federal e Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, entre as entidades vinculadas a esse Ministério, para efeito da supervisão ministerial de que trata o artigo 1º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 968, de 13 de outubro de 1969.

O Decreto nº 74.296, acima referido, dispõe:

«Art. 4º São vinculadas ao Ministério do Trabalho as seguintes entidades:

I – Para efeito da supervisão ministerial de que trata o art. 1º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 968, de 13 de outubro de 1969:

1-

18 – Conselho Federal e Conselhos Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil».

Invocado como lastro legal desse Decreto, o Decreto-lei nº 968, de 13 de outubro de 1969, dispõe sobre o exercício da supervisão ministerial relativamente às entidades incumbidas da fiscalização do exercício de profissões liberais, nos termos seguintes:

«Art. 1º As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais, que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências

à conta do orçamento da União, regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais.

Parágrafo único. As entidades de que trata este artigo estão sujeitas à supervisão ministerial prevista nos artigos 19 e 26 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, restrita à verificação da efetiva realização dos correspondentes objetivos legais de interesse público.»

A vinculação da OAB ao Ministério do Trabalho, para efeito de supervisão ministerial, afinal consubstanciada no Decreto nº 74.296-74, como direta e imediata decorrência do disposto no Decreto-lei nº 968-69, representou uma medida de Governo, que se fez apoiar no prévio e definido entendimento jurídico de autoridades credenciadas em razão da matéria, em manifestações expressas, tanto mais reclamado quanto o Parecer nº 753-H/68, da Consultoria Geral da República, emitido pelo Doutor Adroaldo Mesquita, e aprovado pelo Presidente da República, anteriormente àquele diploma legal, dera como legalmente insubsistente vinculação idêntica estabelecida no Decreto nº 60.900, de 26 de junho de 1967.

Primeiro, o ilustre Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Doutor Marcelo Pimentel, sustentou, no Parecer nº 173-70, de 17 de junho de 1970, no tocante ao assunto específico:

«5. Como se vê, a situação que se criou com o Decreto-lei nº 968-69, altera o status anterior da Ordem dos Advogados do Brasil, que passa a ser supervisionada pelo M.T.P.S.

As disposições do Decreto-lei nº 968-69, são de caráter genérico e, muito embora a Ordem dos Advogados tenha legislação própria que lhe assegurava autonomia, conforme acentuamos no nosso Parecer nº 157-68, está ela agora abrangida pela disposição citada.

6. Enquadra-se a Ordem dos Advogados do Brasil na conceituação de entidade criada por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissão liberal. Assim, está, a partir da vigência do Decreto-lei nº 968-69, sujeita àquele controle e «restrita à verificação da efetiva realização dos correspondentes objetivos legais de interesse público», por força do disposto no parágrafo único do art. 1º do Decreto-lei referido.

7. Prejudicadas, assim, ficaram as conclusões do nosso parecer e do que foi emitido pela Consultoria Geral da República.

8. Conseqüentemente, pelo encaminhamento à Consultoria Geral da República, cuja audiência deve ser solicitada, em face da matéria ter sido objeto de seu exame».

A manifestação do ilustre Consultor Geral da República, Doutor Romeo de Almeida Ramos, se deu através do Ofício nº 054, de 10 de março de 1971, endereçado ao Ministro Extraordinário para Assuntos do Gabinete Civil, nesses termos:

«Reportando-me ao Of. 448, de 14 de julho do ano passado, desse Gabinete Civil, capeando o Proc. MTPS nº 155.495-67, versando sobre a vinculação da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo em vista o que dispõe o Decreto-lei nº 968-69 sobre a matéria, cumpro-me informar V. Exa. de que, ouvida a respeito, aquela Entidade, através de Comissão constituída dos Eminentes Advogados Samuel Duarte, Seabra Fagundes e Povina Cavalcanti, não contesta a aplicabilidade daquele Decreto-lei, in casu, levanta, entretanto, aspectos relativos à conveniência que justificariam a exclusão da Ordem da incidência do citado diploma legal.

A providência—se adotada—dependerá de medida legislativa, daí porque sugiro o encaminhamento do assunto ao Sr. Ministro da Justiça, dado à natureza da matéria e as naturais conotações com aquela Pasta.»

Finalmente, o então Ministro da Justiça, o eminente Professor Alfredo Buzaid, pela Exposição de Motivos nº 0692-B, de 11 de outubro de 1971, manifestou-se pelo arquivamento do pedido da OAB, em pleito por sua desvinculação, argumentando nesses termos:

«O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil encaminhou ao Excelentíssimo Senhor Consultor Geral da República um memorial demonstrando a preocupação dos advogados brasileiros pelo destino da entidade. Esse memorial, sem entrar no mérito da natureza jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil, entende que tal supervisão afetaria «seriamente o papel e o destino da entidade», bem como a sujeitaria a uma certa coação que não se coadunaria com as suas atribuições de fiscalização do exercício da profissão de advogado.

Em verdade, Senhor Presidente, tais ponderações não resistiriam a um simples exame superficial. Primeiramente, supervisão não significa subordinação. Supervisão é a ação de supervisionar, isto é, orientar ou inspecionar em plano superior. De tal forma, não vejo onde se afetariam os destinos daquela entidade. Quanto à coação, não há de se falar. A Ordem dos Advogados do Brasil tem suas atribuições e competência definidas em lei (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963).

Isto posto, e de conformidade com o douto parecer do Senhor Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho e Previdência Social, opino que, a partir da vigência do Decreto-lei nº 968-69, a Ordem dos Advogados do Brasil está sujeita àquele controle. Tendo em vista a inconveniência da exclusão, pois a referida supervisão não lhe comprometerá a independência, nem desmerecerá os que a administrem, sou pelo arquivamento do presente pedido.»

A definição do aspecto jurídico da questão, assim posta, reclama o exame da gênese do Decreto-lei nº 968-69, de sua significação no contexto da legislação pertinente a seu campo de incidência, e da aplicação dos seus dispositivos com relação à OAB.

II

Diversas entidades de natureza autárquica, tendo por finalidade essencial a ordenação e a fiscalização do exercício de profissões liberais, foram instituídas, no País, anteriormente à edição do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, inclusive a Ordem dos Advogados do Brasil, abstração feita, quanto a esta, de relevantes atribuições, outras, excedentes daquele quadro.

Revestiram, de modo geral, na forma das respectivas leis institucionais, a natureza de pessoas jurídicas de direito público, caracterizadas, no sistema jurídico, como autarquias, que a doutrina tem definido, na espécie, ora como autarquias corporativas, ora como autarquias profissionais, ou instituições de caráter corporativo.

Vale enumerar, dentre aquelas acima mencionadas, o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.995, de 13 de setembro de 1945, e reestruturados pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura, criados pelo Decreto nº 23.569, de 11 de dezembro de 1933, reestruturados na forma do Decreto-lei nº 8.620, de 10 de janeiro de 1946; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Contabilidade, criados pelo Decreto-lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946, alterado pela Lei nº 570, de 22 de dezembro de 1948; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Economistas Profissionais, instituídos pela Lei nº 1.411, de 13 de agosto de 1951; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Química, pela Lei nº 2.800, de 18 de junho de 1956; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Farmácia, pela Lei nº 3.820, de 1º de novembro de 1960; a Ordem dos Músicos do Brasil, pela Lei nº 3.857, de 22 de dezembro de 1960; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Biblioteconomia, pela Lei nº 4.084, de 30 de junho de 1962; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Odontologia, instituídos pela Lei nº 4.324, de 14 de abril de 1964; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Estatística, pela Lei nº 4.739, de 15 de julho de 1965; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Técnicos de Administração, criados pela Lei nº 4.769, de 9 de setembro de 1965; o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Representantes Comerciais, pela Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965; posteriores a

1967, as instituições, em lei, dos Conselhos de Medicina Veterinária, dos de Profissionais de Relações Públicas, dos de Psicologia e dos de Enfermagem.

A Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo artigo 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, e regulamentada pelo Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, com alterações aduzidas pelo Decreto nº 22.039, de 1º de fevereiro de 1932 e Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, foi afinal reestruturada, pela Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, contemporaneamente, portanto, às entidades mencionadas.

Aquelas leis institucionais, de modo quase unânime, tornaram expresso, respectivamente, que o Conselho Federal e os Conselhos Regionais, em cada caso, constituíam «em seu conjunto, uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira», sem estabelecer qualquer ressalva ou restrição quanto à atribuição desse ser jurídico e aos seus pertinentes efeitos no ordenamento administrativo. O menor número, que o não tenha feito expressamente, proporcionou as conotações necessárias a que se induzisse idêntica natureza. Em várias dessas leis, por sinal, já se manifesta um vínculo embrionário com o Ministério do Trabalho, de cujo contexto administrativo exsurgiram pelo fenômeno da descentralização e autarquização de serviços, a ele originariamente pertinentes, e em todas se prescreve, de algum modo, o regime de tutela administrativa próprio desses entes, conformando-as ao princípio geral do Direito Administrativo, no tocante ao controle da Administração sobre as autarquias.

Todavia, conquanto propicie notas conceituais pelas quais a Ordem dos Advogados do Brasil se deva configurar como entidade autárquica, categoria a que deve corresponder no universo das pessoas jurídicas de direito público interno, a Lei nº 4.215-63 excepcionou o princípio geral, subtraindo-a à incidência da disciplina ordinária desses entes menores, ao dispor no § 1º, do artigo 139, que «não se aplicam à Ordem as disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais».

É irrecusável que o legislador, no arbítrio que lhe cabe em dispor normativamente, discricionariedade que só tem por linde a Constituição, poderia assim fazê-lo, instituindo um direito singular, atendendo a razões que houve por bem valorar. Assim, pela própria lei institucional, se conferia à OAB uma situação peculiar, excepcional, divergente da que se atribuíra às suas congêneres, compreendidas no estalão comum.

III

Em virtude do disposto nos artigos 19 e 26 do Decreto-lei nº 200-67, as entidades de administração indireta, catalogadas no artigo 4º, II, do mesmo diploma legal, consideradas «vinculadas ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada a sua principal atividade», ficaram sujeitas à supervisão do Ministro de Estado do setor respectivo. Conseqüentemente, as autarquias, inclusive aquelas anteriormente mencionadas, incumbidas da fiscalização do exercício de profissões liberais, e legalmente definidas como tais, se submeteram automaticamente, ex lege, ao novo regime do Decreto-lei nº 200-67, em continuidade e substituição ao regime próprio de entidades autárquicas a que já se achavam subordinadas por força da legislação anterior, quer a geral, quer a específica de cada uma.

Por esse efeito, o Decreto nº 60.900, de 26 de junho de 1967, que dispôs, em caráter de regulamento, sobre a vinculação das entidades da Administração Indireta, nos termos do artigo 4º, II, do Decreto-lei nº 200-67, incluiu, virtualmente, na área de competência do Ministério do Trabalho e Previdência Social, a totalidade das autarquias profissionais então existentes, vindo a enumerar, também, entre elas, a Ordem dos Advogados do Brasil.

Entretanto, a inclusão da OAB, por esse Decreto, no elenco das entidades sujeitas à supervisão do Ministério do Trabalho tornou-se, à época, objeto de controvérsia, afinal dirimida, na área do Poder Executivo, com a aprovação presidencial ao Parecer nº H-753, de 27-9-1968, da Consultoria Geral da República, tornando-se, conseqüentemente, a sua proposição jurídica, norma para a Administração Federal.

A tese do ilustrado Parecer, após destacadas as opiniões sobre o ser, ou não, a OAB autarquia, vem exposta na seguinte conclusão:

«13. De conseguinte, as opiniões dos doutos, sobre o assunto, são divergentes. À Lei nº 4.215, de 1963, que dispôs sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados, no entanto, dirime as dúvidas, ao estabelecer, expressa e taxativamente, no seu § 1º, do artigo 139, in verbis:

«Não se aplicam à Ordem as disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais.»

14. Não há, pois, o que discutir: considere-se, ou não, a Ordem como autarquia, as disposições legais, referentes a esta não se lhe aplicam, di-lo o § 1º retrotranscrito. A discussão, portanto, a essa altura, se reveste, apenas, de interesse acadêmico.

15. Conseqüentemente, o decreto número 60.900, de 1967, ao vincular a Ordem dos Advogados ao Ministério do Trabalho por força dos dispositivos da Reforma Administrativa (Decreto-lei nº 200-67) aplicáveis às autarquias, violou o disposto no §1º, do artigo 139, da Lei nº 4.215, de 1963 (Estatuto da Ordem dos Advogados). Assim sendo, é ilegal e deve ser declarado nulo, no particular, mediante decreto a ser expedido pelo Poder Executivo.»

IV

A colocação jurídica do douto Parecer H-753 tem, implicitamente, como suposto a não revogação do disposto no § 1º da Lei nº 4.215-63, pelo Decreto-lei nº 200-67, pois em virtude de permanecer incólume a vigência do dispositivo do Estatuto da OAB, em confronto com o advento da lei nova sobre a Reforma Administrativa, é que resulta inválida a aplicação das normas de controle e supervisão ministerial à entidade de classe dos advogados.

Desde logo é de avançar que esse pressuposto reveste de incontestável cunho jurídico a conclusão adotada pelo douto Titular que, então, ilustrava a Consultoria Geral da República.

Com efeito, o problema específico centrava-se, então, em indagar se aprecepituação sobre supervisão ministerial, do Decreto-lei nº 200-67, lei posterior, derogara o preexistente dispositivo legal do Estatuto da OAB, em referência.

Se o Estatuto da OAB corporifica, no contexto do Direito Administrativo, uma lei especial, o dispositivo, em causa (art. 139, § 1º), versando sobre o próprio relacionamento da entidade no conjunto da Administração, constitui um preceito, um direito excepcional, divergente, que decorre, em seus próprios termos, de uma colocação em contraposição ao sistema. Configura-se aí, tipicamente o jus singulare, que o jurisconsulto definiu como *quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem introductum est*.

Lei especial, ou lei excepcional, conceitos de difícil distinção no campo do direito mas de idênticos efeitos para a hipótese, como se comportam, no plano da eficiência da lei no tempo, em face de lei posterior, de caráter geral?

A revogação da lei não se presume (*posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint*), é preciso que assim definitivamente resulte, ou por expressamente declarada no novo texto, ou então, quando se figura a revogação tácita, por ser a lei nova de todo incompatível com a anterior ou, bem, regule inteiramente a matéria constante das normas precedentes. É de ver, no entanto, que nenhuma dessas hipóteses se verificou, claramente, para demonstrar a antinomia entre a lei antiga e a lei nova, verificação tanto mais exigível quanto o confronto se estabeleceria entre uma norma singular e uma norma geral posterior, circunstância condicionante de critérios específicos de apreciação.

De fato, rege o princípio, conquanto não absoluto, de que as leis especiais não podem ser tacitamente revogadas por lei geral, *legi speciali per generalem non derogatur*. O princípio alcançara tradução na primitiva Lei de Introdução ao Código Civil, onde se disse que «a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explícita ou implicitamente» (art. 4º), encontrando correspondência no § 2º do artigo 2º da lei introdutória vigente, ao dispor que «a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior».

Já comentava Clóvis Beviláqua:

«O segundo preceito do artigo é um elemento de conciliação entre os dispositivos das leis diversas, que compõem um sistema legislativo, fazendo desaparecer as antinomias aparentes entre as mesmas. A lei posterior revoga a anterior, expressamente, quando assim o declara, ou tacitamente, quando há incompatibilidade entre as respectivas disposições. Mas se a segunda lei é especial, isto é, se dispõe para um caso particular, ou para um determinado instituto, entende-se que apenas abriu uma exceção à regra geral. Também, se leis especiais regulam um instituto ou uma relação particular, é princípio de direito que a lei geral posterior lhe permite a continuação, quando não a

revoga explícita ou implicitamente, porque a regra divergente já existia e, se devesse desaparecer, di-lo-ia, claramente, a lei nova, ou disporia de modo a contrariá-la, regulando o mesmo assunto.»

(In Código Civil Comentado, I/100)

Ora, o Decreto-lei nº 200-67 tem por missão geral a organização da Administração Federal, em suas grandes linhas, e o estabelecimento de diretrizes para a Reforma Administrativa, não se referindo expressamente à OAB nem dispondo sobre a sua estrutura íntima, não contendo, ademais, prescrição taxativa que elida ou profligue as normas excepcionais preexistentes, como as que resguardam aquela entidade de classe.

Nas palavras de Louis Josserand, uma lei geral não ab-roga tacitamente uma lei especial, por não ser a existência de uma exceção incompatível com a de uma regra.

E o mestre C. Maximiliano, ao comentar a máxima, «a lei geral posterior não derroga a especial anterior», sintetiza:

«...é a máxima que prevalece apenas no sentido de não poder o aparecimento da norma ampla causar, só por si, sem mais nada, a queda da autoridade da prescrição especial vigente. Na verdade, em princípio, não se presume que a lei geral revogue a especial; é mister que esse intuito decorra claramente do contexto.»

(In Hermenêutica e Interpretação, pág. 423)

Lição venerável, Windscheidt indaga se a ab-rogação de uma regra geral também importa na ab-rogação das exceções daquela regra, para dizer:

«...é uma questão de interpretação o ver se a nova norma jurídica quis tirar as exceções da antiga regra; na dúvida, tal questão se resolve em sentido negativo.» (In Diritto delle Pandette, trad. de Fadda e Bensa, I/87).

Quanto a esse entendimento, a doutrina é, sem dúvida, indiscrepante (Cfr. Ennecerus-Kipp-Wolf, Tratado de Derecho Civil, trad. esp., I/177; F. Ferrara, Trattato di Diritto Civile, I/86; Oscar Tenório, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, pág. 49; Carvalho Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, I/62; M. M. Serpa Lopes, Lei de Introdução ao Código Civil, I/60; Eduardo Espínola, Tratado de Direito Civil Brasileiro, I/133; Clóvis Beviláqua, Código Civil Comentado, I/100; Wilson de Souza Batalha, Lei de Introdução ao Código Civil, pág. 117; Paulo Lacerda, Manual do Código Civil, I/21; Carlos Maximiliano, Hermenêutica e Aplicação do Direito, pág. 418; San Tiago Dantas, Problemas de Direito Positivo, pág. 215; O. A. Bandeira de Mello, Princípios de Direito Administrativo, I/254; Windscheidt, Diritto delle Pandette, trad. it. I/84-87).

Ora, se o Decreto-lei nº 200-67, lei geral posterior, não regulou inteiramente a matéria disciplinada pela Lei nº 4.215-63, lei especial; se a esta não se referiu de modo expresso nem se mostra definitivamente infenso à preexistência da norma de exceção; então não se há de deduzir incompatibilidade que iniba a plena vigência do parágrafo único do artigo 13 da Lei nº 4.215-63, e, de conseguinte, sublinha-se a juridicidade e concludência do Parecer H-753, de 27-9-1968, ao haver estabelecido a impossibilidade jurídica de submeter-se a OAB à supervisão ministerial, por efeito de vinculação ao MTPS, à época e nos termos do Decreto nº 60.900-67.

V

A fim de que se apreendam os motivos e a finalidade do Decreto-lei nº 968-69, novo crivo legal para o deslinde da questão, de modo a estabelecer, objetivamente, o sentido e alcance de sua preceituação, importa reconhecer as necessidades a que responde em face dos precedentes da legislação a que se vincula.

Parece evidente, à luz mesmo de uma indagação elementar, que a submissão das entidades incumbidas de fiscalização do exercício de profissões liberais se mostra inadequada aos objetivos e às medidas pertinentes à supervisão ministerial, como estabelecido, no artigo 26 do Decreto-lei nº 200-67, para a generalidade dos entes de administração indireta. A isso induz a inteligível constatação da natureza específica dessas autarquias profissionais, com objetivos e atuação nitidamente diferenciados das demais, contrastados com os propósitos da supervisão ministerial escalados nos itens I a IV em correlação com os procedimentos inerentes à sua consecução, enumerados nas alíneas «a» a «i» do mesmo artigo 26.

Desse modo, a intenção fundamental que preside a edição do Decreto-lei nº 968-69, terá sido, lógica e inequivocamente, a de retirar essas entidades de sob o controle e supervisão, a que automaticamente se submeteram por efeito do Decreto-lei 200-67 e do Decreto nº 60.900-67, na verdade, rígidos e excessivos, em vista do tipo de atuação administrativa em causa, e ao mesmo tempo sujeitá-las a uma forma de tutela administrativa menos exigente e complexa, delimitando-a ao intento de verificação do cumprimento dos objetivos legais respectivos. O legislador teve, então, em mira, em obséquio à peculiaridade de sua estrutura, composição e finalidade, reconsiderar os seus atributos de autonomia e auto-organização, «não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais» (artigo 1º), restringindo-se a supervisão ministerial à «verificação dos correspondentes objetivos legais de interesse público» (art. 1º, parágrafo único), com o resguardo das respectivas legislações específicas.

Assumindo, tão claramente, pela sua posição no contexto das leis, notadamente com relação ao Decreto-lei nº 200, efeitos de liberação de um mais rigoroso e complexo controle, e de atenuação de vínculos administrativos, em favor de mais ampla autonomia, seria incompatível e incongruente interpretar-se o Decreto-lei nº 968-69, em caráter limitativo ou restritivo, em sentido contrário ao pensamento da lei, à sua razão de ser, para dar-lhe efeitos de coibir, de reduzir, de estreitar posições já configuradas, em teor mais amplo.

Se tais tendências se evidenciam, sem necessidade de esforçada exegese, da compreensão do texto do Decreto-lei em causa, é incomportável pretender-se que, tendo por meta instituir um regime mais favorável a todas as entidades profissionais, no sentido de maior autonomia administrativa, viesse a ser entendido em detrimento tão-somente, para menor, da autonomia plena da OAB, já reconhecida, no entanto, pela Lei nº 4.215-63, em grau eminente e com suporte em interpretação unívoca quer da Administração, quer do Poder Judiciário. Ao contrário, há de se ter, objetivamente, como meta do legislador o de aproximá-las ao regime peculiar da entidade dos advogados, sem a esta, todavia, reduzir a menos.

A intenção da lei, os seus motivos e a sua significação, o pensamento do legislador, no que conta, são aqueles que resultam do exame objetivo da norma, como um produto intelectual autônomo e completo em si mesmo, no quanto nele é declarado e expresso, independente de motivos e propósitos da elaboração que não se tenham evidenciado no texto legal.

Resultante da objetiva apreensão da mens legis a inequívoca característica que acima se destacou, cabe advertir-se que se o legislador houvesse querido abranger a OAB na compreensão do Decreto-lei nº 968-69, tê-lo-ia dito de modo expresso, por isso que, reiterar-se, com relação somente a ela o efeito legal seria restritivo. Não poderia, outrossim, passar despercebido, além de decisão judicial mais remota, o entendimento oficial do Poder Executivo, muito próximo no tempo, sobre a posição jurídica daquela entidade, dado pela aprovação do Presidente da República ao Parecer H-753. Por isso, ao editar o Decreto-lei nº 968-69, o legislador, senão o Poder Executivo na absorvência do exercício pleno da função legislativa, poderia ter e teria elidido simplesmente a reconhecida singularidade, que reveste a OAB, se houvesse real intento de fazê-lo, o que vale, além do mais, como dado interpretativo da occasio legis, em termos de tratamento objetivo do texto legal, o único placitado pelos legítimos cânones da hermenêutica.

VI

De qualquer modo, a mesma razão de haver-se excluído a OAB da regência do Decreto-lei nº 200-67 e da conseqüente vinculação posta no Decreto nº 60.900-67, se faz valer para a hipótese, ora examinada, em que a paridade da situação se equaciona em termos análogos, isto é, no confronto do Decreto-lei nº 968-69 e do Decreto nº 74.296-74, norma legal e norma regulamentar.

O Decreto-lei nº 968-69, no campo da incidência a que se destina, tem por objeto a disciplina genérica

de todas as entidades incumbidas da fiscalização do exercício de profissões liberais, que não são outras senão as autarquias profissionais contempladas e disciplinadas na legislação. Não é senão em razão de serem autarquias que se lhes aplica a nova disciplina, agora peculiar, em substituição à que se lhes impunha por efeito do Decreto-lei nº 200-67.

Vista sob o prisma de sua abrangência, um campo de aplicação de normas homogêneas endereçadas a entidades conceituadas, de modo genérico e global, a problemática da sobrevivência do preceito anterior em face de ulterior mandamento legal, se coloca e se resolve nos mesmos termos da tese precedentemente posta em relação ao assunto, objeto de decisão na esfera administrativa federal.

Lei nova, sem remissão expressa à OAB, não terá por consequência revogar a norma singular da Lei nº 4.215-63, que exclui a entidade dos advogados da incidência da disciplina das autarquias, estas ou aquelas. Inocorrente a incompatibilidade entre uma e outra, ter-se-á a prevalência do preceito, em vigor, do artigo 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Dec.-lei nº 4.657-42): a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Logo, a igual do Decreto nº 60.900-67, conforme reconhecido à época, é legalmente insubsistente o Decreto nº 74.296-74, no efeito de vincular a OAB ao Ministério do Trabalho e sujeitá-la à supervisão ministerial prevista no Decreto-lei nº 968-69 c/c com os artigos 19 e 26 do Decreto-lei nº 200-67, posto que em contrariedade, a nível de regulamento, ao preceituado no § 1º do artigo 139 da Lei nº 4.215-63.

Brasília, 9 de maio de 1975. – Luiz Rafael Mayer, Consultor-Geral da República.

PARECER: L-069

NOTA: A respeito deste Parecer, o Exmo. Sr. Presidente da República exarou o seguinte despacho: «Aprovo. Em 21-6-75». Publicado na íntegra no D.O. de 14 de fevereiro de 1978, pág. 2.172.

DANOS MORAIS IMPRÓPRIOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS EMPRESÁRIOS

Fábio Ulhoa Coelho

Professor Titular de Direito Comercial da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

A doutrina e jurisprudência brasileiras valem-se do instituto dos “danos morais” com dois objetivos diferentes. O primeiro, que denominarei danos morais próprios, consiste em proporcionar à vítima uma prestação pecuniária que compense um sofrimento excepcional, advindo do ato ilícito ou do fato jurídico que deu ensejo ao crédito pela indenização. O segundo objetivo, aqui denominado danos morais impróprios, consiste em impor ao devedor da indenização uma pena adicional, aumentando o valor da indenização, como forma de desmotivar a repetição da conduta que gerou danos a outrem.

Todo evento danoso importa, para quem o sofre, no mínimo algum desconforto ou dissabor. Se alguém bate no meu carro, ainda que pague todas as despesas de conserto e o táxi durante sua realização, sofrerei algum desgosto com a perda de tempo, chateação com o dano, adiamento de alguns compromissos etc. São aborrecimentos plenamente absorvíveis pela generalidade das pessoas (1). Também o causador do acidente experimentará dissabores, mas destes — grandes ou pequenos — a lei não cuida.

Por mais variado que seja o seu grau, não há evento danoso sem sofrimentos para a vítima; sofrimentos de ordem não patrimonial. A grande maioria deles não é e não deve ser objeto de preocupação pelo direito. Cada um cuida de seus humores (2). A indenização por danos morais é uma compensação pecuniária por sofrimentos de grande intensidade, pela tormentosa dor experimentada pela vítima em alguns eventos danosos. Imagine o que sente a mulher estuprada, o pai que assiste ao bárbaro espancamento do filho, o paciente vítima de erro médico numa cirurgia plástica, o trabalhador honrado contra quem foi tirado indevido protesto de título. Não são sofrimentos banais, irrelevantes, desprezíveis, facilmente absorvíveis, mesmo pelas pessoas mais amadurecidas e experimentadas. Agride os valores de justiça cultivados pela civilização do nosso tempo deixar de atender a esses doídos desdobramentos dos eventos danosos.

A dor não pode ser desfeita. Mesmo sensações posteriores de vingança ou de alívio financeiro não a desfazem. O único instrumento, na sociedade democrática dos nossos tempos, que pode servir como resposta ao anseio da vítima de ver também este aspecto do evento danoso equacionado é o dinheiro. O devedor da obrigação de indenizar paga ao credor certa quantia com o objetivo específico de compensar a dor. O pagamento da indenização não repõe os danos morais, apenas os compensam (3). Não há ressarcimento, mas enriquecimento patrimonial. O aumento do patrimônio da vítima é a única forma, atualmente desenvolvida pelo Direito, para que sua indenização seja a mais justa possível (4).

A função dos danos morais é, assim, exclusivamente compensar a dor extremada da vítima, quando ela se verifica. Quer dizer, só cabe obrigar o devedor a compensar os danos morais do credor quando este tiver experimentado um sofrimento atroz, de envergadura. Os juízes devem ser muito prudentes ao decidir pelo cabimento da indenização, para que não se deixem enganar pela simulação da dor. Quanto menos doloroso tiver sido o evento danoso para a vítima, mas fácil será fingir o sofrimento. Não cabem presunções. Afirmar, por exemplo, que a dor da mãe ou do pai pela perda do filho independe de prova, por ser evidente, é uma ingenuidade imperdoável num magistrado.

A única função dos danos morais é compensar a pungente dor que algumas vítimas sofrem. É

1 RT, 789/193; 789/256.

2 RT, 802/309.

3 CANTON REIS, Dano moral. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pg. 103.

4 Os danos morais podem ocorrer acompanhados ou desacompanhados dos patrimoniais. A rigor, quem fala em danos está-se referindo aos efeitos do evento, que podem projetar-se no patrimônio da vítima ou além dele. Têm-se eventos de efeitos exclusivamente patrimoniais, como o acidente de trânsito sem danos pessoais; de efeitos exclusivamente extrapatrimoniais, como o protesto indevido de título sem perda de crédito; e de efeitos patrimoniais e morais, como o acidente de trabalho (REMAN LOTURO, Indenização por acidente de trabalho fundada no direito comum. Em “Revista do Advogado” vol. 49. São Paulo: AASP, 1996, pgs. 15/23). Há quem distinga entre danos extrapatrimoniais e morais, propondo que aqueles correspondem aos sofrimentos compensáveis que acompanham os prejuízos patrimoniais e estes os manifestados isoladamente (ORLANDO GOMES, Obrigações. 15ª edição revista e atualizada por Humberto Theodoro Jr. Rio de Janeiro: Forense, 1961, pg. 271). Aqui, não se faz a distinção: danos extrapatrimoniais e morais são expressões sinônimas.

importante repisar o conceito para desvestir por completo a indenização dos danos morais de qualquer caráter sancionatório (5). Apesar de várias decisões que os instrumentalizam como medida dissuasória e preventiva (6), objetivam os danos morais tão somente compensar a dor; não se destinam a sancionar o devedor ou prevenir novos eventos danosos. Eles não se confundem com a indenização punitiva (punitive damages), cujo objetivo, sim, é a penalização do descaso absoluto pelos direitos alheios.

Na tecnologia jurídica brasileira, há uma enorme confusão sobre o tema. A lição de Carlos Alberto Bittar enfatiza a ligação entre a indenização dos danos morais e o corretivo à conduta do devedor. Na quantificação dos danos, ensina, o montante deveria servir de advertência ao lesante quanto à repulsa do ato lesivo. Deveria ser significativo, em vista da condição econômica do devedor, de modo a desestimulá-lo (7). Também Maria Helena Diniz, ao apontar a natureza jurídica da reparação moral, prioriza o aspecto que chama de penal. Aliás, mesmo ao mencionar seu outro aspecto, chamado compensatório ou satisfatório, a ilustre doutrinadora reforça a ideia dos danos morais como medida de repressão, justificando-os como resposta ao menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais da parte do lesante (8). A confusão entre danos morais e indenização punitiva também a fazem Aguiar Dias e Pontes de Miranda (9).

Os danos morais têm a função específica de compensar a dor, e, no contexto da responsabilidade civil subjetiva, podem até ser entendidos como sanção, já que o pressuposto desta é a prática de ato ilícito. Fora deste contexto, porém, afirmar a função sancionatória dos danos morais é inconsistente.

O objetivo deste artigo é mostrar que a condenação em danos morais impróprios (isto é, nas hipóteses em que a vítima não experimenta nenhuma dor excepcional, e o juiz a impõe visando desestimular a repetição da mesma situação ensejadora da obrigação de indenizar), não tem sentido quando se trata de responsabilidade objetiva. Esta discussão visa contribuir para os casos, que têm se reproduzido com frequência preocupante, de imposição a empresários de condenação no pagamento de indenização por danos morais impróprios, fundada na responsabilidade objetiva deles, que decorre tanto do Código Civil (art. 931) e do Código de Defesa do Consumidor (art. 14).

2. Definição das espécies de responsabilidade civil

São duas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva.

Na primeira, o sujeito passivo da obrigação pratica ato ilícito e esta é a razão de sua responsabilização; na segunda, ele só pratica ato ou atos lícitos, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade. Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer. A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou objetiva.

Quando o motorista desobediente às leis de trânsito é obrigado a indenizar os danos do acidente que provocou, sua responsabilidade é subjetiva. Se imprimiu velocidade ao veículo superior à permitida no local, ultrapassou o semáforo fechado, negou preferência, se descumpriu, enfim, o Código de Trânsito Brasileiro, ele não agiu como deveria ter agido; incorreu em ilícito. Desta sua falta surge a obrigação de ressarcir os prejuízos sofridos pelas vítimas do acidente.

Por outro lado, quando o fabricante de refrigerantes é obrigado a ressarcir os danos causados pela quebra de garrafa em que se havia concentrado maior quantidade de gás que a suportável, a responsabilidade é objetiva. O fornecedor agiu exatamente como deveria ter agido: empregou os mais desenvolvidos equipamentos e processos de produção, bem assim os mais aprimorados controles de qualidade, treinou adequadamente seus funcionários e fez todos os investimentos para evitar que produtos defeituosos fossem oferecidos ao mercado. Em razão da falibilidade humana, porém, algumas garrafas com defeito acabaram provocando lesões nos consumidores. Não houve nenhum ilícito imputável ao fabricante; ao contrário, é plenamente lícito oferecer bebidas refrigerantes ao mercado. Mesmo assim, ele é responsável civilmente pelos prejuízos. Sua responsabilidade se origina do simples fato jurídico de vender produtos no mercado.

5 Cf. JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidade por daños*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1982, vol. 4, pgs. 175/179

6 RT, 803/233; 785/347

7 *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1993, pgs. 220/222; *Reparação civil por danos morais*. Em *Revista do Advogado* vol. 44. São Paulo: AASP 1994.

8 *Curso de direito civil brasileiro*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 7, pág. 98.

9 Cf. JOSÉ AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. 2, págs. 439/440.

Variam os pressupostos da responsabilidade civil de acordo com a espécie. Para que um sujeito de direito seja responsabilizado subjetivamente é necessária a convergência de três: a) conduta culposa (culpa simples ou dolo) do devedor da indenização; b) dano patrimonial ou extrapatrimonial infligido ao credor; c) relação de causalidade entre a conduta culposa do devedor e o dano do credor.

O primeiro pressuposto pode ser denominado “pressuposto subjetivo”, por ser referido à negligência, imprudência ou imperícia (culpa simples) ou mesmo à intenção (dolo) do sujeito causador do dano. Se ele tivesse se comportado como determina a lei, se não tivesse praticado o ilícito, o evento danoso não ocorreria; foi a sua culpa ou dolo que provocou o dano. No âmbito da responsabilidade civil subjetiva, o pressuposto subjetivo, isto é, a culpa do devedor, é elemento indispensável à constituição da obrigação. A responsabilidade do devedor, nela, tem por fundamento último a manifestação de vontade do sujeito obrigado. Podendo agir de modo diverso daquele em que agiu, optou por não fazê-lo. Em outros termos, o devedor da indenização quis agir do modo que originou a obrigação. Encontra-se, assim, na base do ato que deu ensejo ao surgimento da obrigação de indenizar uma manifestação de vontade.

Já, para a caracterização da responsabilidade objetiva, bastam dois pressupostos: a) dano patrimonial ou extrapatrimonial suportado pelo credor; b) relação de causalidade entre a conduta do devedor descrita em lei e o dano do credor.

Aqui, o pressuposto subjetivo é irrelevante. Se o sujeito a quem se imputa a obrigação foi negligente, imprudente, imperito ou teve a intenção de causar danos é por tudo irrelevante. Simplesmente, isso não se discute. Sua responsabilidade existirá e terá a mesma extensão em qualquer hipótese. Mesmo que ele tenha sido absolutamente correto e se comportado sempre de acordo com a lei, responderá pela indenização dos danos. Não era exigível do devedor que se comportasse de maneira diversa; ao contrário, exigia-se dele que fizesse nada mais nada menos do que fez. Sua responsabilidade tem por fundamento, como se verá adiante, a socialização dos custos.

As duas espécies de responsabilidade civil não são excludentes. Pelo contrário, complementam-se. Há hipóteses em que convém imputar ao sujeito passivo responsabilidade subjetiva, e há aquelas em que o mais adequado é a imputação de responsabilidade objetiva. Em outros termos, além de definir que externalidades negativas devem ser internalizadas, a disciplina da responsabilidade civil também estabelece como se dará a internalização: a título de sanção ao ato ilícito do causador do dano ou de socialização de custos.

De início, pareceu aos tecnólogos civilistas que a responsabilidade objetiva tenderia a substituir a subjetiva, numa trajetória de evolução do direito. Raymond Saleilles, por exemplo, jurista francês a quem se atribui o mérito de ter sido um dos pioneiros na formulação da teoria objetiva, procurou sustentar-se numa nova interpretação do mesmo dispositivo do Código Napoleão que dispunha sobre a responsabilidade subjetiva. Para ele, a expressão *faute* inserida naquela norma não poderia ser lida como culpa, mas sim como causa (*fait*). Ao pretender que a lei, na verdade, já prestigiava a responsabilidade objetiva, Saleilles revela que não a tinha como espécie complementar da subjetiva, mas como o modo mais evoluído de tratar toda hipótese de responsabilização civil.

Enquanto a responsabilidade sem culpa era tratada como teoria de substituição do modelo fundado na culpa, dividiram-se os tecnólogos em subjetivistas e objetivistas, envoltos num estéril debate sobre a proeminência de uma espécie sobre a outra. Apenas com o passar do tempo e desenvolvimento dos estudos é que a tecnologia passou a considerar a hipótese de convivência entre as duas (10). É indiscutível que a responsabilidade subjetiva antecede à objetiva, na tradição jurídica ocidental, em mais de vinte séculos — longo tempo que separa a Lei Aquília das preocupações com a indenização dos acidentes que vitimavam operários nos fins do século XIX, marcos históricos da responsabilidade subjetiva e objetiva, respectivamente (11). Esta tábua cronológica, porém, não é indício suficiente de evolução de uma espécie de responsabilidade civil para a outra; parece mais indicar a do modelo único de responsabilização para o dúplice.

O desafio que se abre à tecnologia civilista, hoje, portanto, é a de distinguir (com a máxima clareza possível dentro dos limites de um discurso retórico) as hipóteses a que cada espécie de responsabilização melhor se ajusta. Ter em vista as funções que cumprem os respectivos modelos e, a partir delas, indicar quais danos devem ser indenizados com fundamento na culpa do agente causador e quais os que devem viabilizar

10 Significativa ilustração dessa mudança de perspectiva encontra-se, a propósito, na literatura jurídica brasileira: ALVINO LIMA, um dos mais conceituados tecnólogos dedicados ao tema, batizara sua tese de cátedra, em 1938, como da culpa ao risco, título que sugere a evolução de todo tipo de responsabilidade rumo à objetivação; posteriormente, ao publicá-la em 1960, denominou-a culpa e risco, afastando do título a denotação de movimento evolutivo (Cf. MARIO DA SILVA PEREIRA, *Responsabilidade civil* 9ª edição, 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 20).

11 Cf. JOSÉ AGUIAR DIAS, obra citada, vol. 1: pgs. 25 e 58/63.

a socialização de custos de certas atividades. Imputar responsabilidade objetiva a quem não se encontra em posição econômica de socializar custos é irracional; não tem sentido. De outro lado, responsabilizar com fundamento na culpa quem se encontra nessa posição econômica, sem ao menos estabelecer uma presunção relativa, significa negar à vítima a indenização; também não tem sentido.

O princípio da indenidade é, sem dúvida, o objetivo que tem impulsionado a disciplina da responsabilidade civil. Ele, porém, é infértil na identificação das externalidades que devem e das que não devem ser internalizadas. Afirmar que a lei deve facilitar às vítimas dos acidentes o acesso à indenização — valor jurídico e moral cuja pertinência é inquestionável — não basta à delimitação dos fundamentos apropriados da responsabilização em cada caso. Em outros termos, a imputação de responsabilidade objetiva a todos que se encontram em condições econômicas de socializar custos é inspiração do princípio da indenidade. A identificação de quem responderá objetivamente, porém, nada tem que ver com a facilitação do acesso da vítima à indenização, mas apenas com a posição econômica que ocupa o devedor da obrigação de indenizar.

Para concluir, cabe destacar a forma com que se estrutura a complementaridade entre as duas espécies de responsabilização. Como regra geral, a responsabilidade é subjetiva; em princípio, ninguém responde por danos que não tenham sido causados por ato ilícito, ou seja, por sua conduta culposa ou dolosa (CC, art. 927, caput). Como regra especial, a responsabilidade é objetiva sempre que a lei expressamente o estabelece ou quando o devedor da obrigação de indenizar ocupa posição econômica que lhe permite socializar os custos da atividade que explora entre os beneficiários desta (CC, art. 927, parágrafo único).

3. Fundamento da responsabilidade civil objetiva

O princípio nenhuma responsabilidade sem culpa é característico de todos os direitos dos países ocidentais durante o século XIX. Só respondia por danos no patrimônio alheio quem tivesse sido o culpado por eles; afora esta hipótese, cada um suportava a perda de seus bens (*res perit domino*). Nas hipóteses de culpa da vítima ou caso fortuito, à falta de específica manifestação de vontade, não se podia imputar responsabilidade a quem quer que fosse. Os acidentes inevitáveis — como incêndios causados por fagulhas produzidas por locomotivas a vapor, morte ou incapacitação do operário na operação de equipamentos fabris, defeitos em produtos não derivados de culpa ou dolo do fornecedor etc. — eram considerados a contrapartida que deveríamos todos suportar em função dos benefícios de viver em sociedade (12). Se a locomotiva a vapor simplesmente não pode funcionar sem produzir fagulhas, não é culpa da estrada de ferro o incêndio em alguma plantação em imóvel lindeiro. A seu turno, o fazendeiro deve pagar certo “preço” por viver em sociedade e beneficiar-se também da rapidez do transporte pelas vias ferroviárias: o “preço” de suportar a perda da colheita, caso tivesse ele o azar de ver sua propriedade incendiada.

Ao longo do século XX, a indispensabilidade do pressuposto subjetivo para a imputação de responsabilidade por danos foi paulatinamente questionada. De um lado, agredia cada vez mais o senso geral de justiça o desamparo a que o princípio nenhuma responsabilidade sem culpa relegava as vítimas dos acidentes inevitáveis. O princípio da culpa acabava conduzindo, na significativa imagem pinçada por Mario Bessone, a “nada muito diferente de uma loteria imoral” (13). De outro lado, o acúmulo de capitais já era suficiente à implantação de aprimorados mecanismos jurídicos de socialização dos custos. Surge e amadurece a responsabilidade objetiva, em que o devedor é obrigado a indenizar os danos do credor, mesmo não tendo nenhuma culpa por eles.

Na modalidade objetiva, o devedor responde por ato lícito. Sua conduta não é contrária ao direito. Nada de diferente é ou seria jurídica ou moralmente exigível dele. Não obstante, arca com a indenização dos danos experimentados pela vítima do acidente. A noção de responsabilidade por lícito não tem sido facilmente operada por parte da tecnologia jurídica, que resiste em aceitar a hipótese de imputação de obrigação a quem fez exatamente o que deveria ter feito, que não desobedeceu minimamente às leis em vigor. Alguns autores buscam conceitos gerais em que possam ancorar as duas espécies de responsabilidade civil, de modo a afastar o desconforto da obrigação não negocial que existe a despeito da licitude do ato do devedor. Falam, por exemplo, numa antijuridicidade, isto é, contrariedade aos direitos alheios que existiria na exploração

12 Guido ALPA e MARIO BESSONE, *La responsabilità civile*. Milão: Giuffrè, 2001, pgs. 42/114.

13 Guido ALPA e MARIO BESSONE, obra citada, pg. 112.

de atividades criadoras de riscos (14). Ou, na linha do proposto inicialmente por Savatier (15), afirmam a existência de um dever geral de não causar danos a outrem — expresso pela locução latina *neminem laedere* —, que seria desrespeitado pelo sujeito a quem se imputa tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva (16)

Penso que estas tentativas de configurar a responsabilidade objetiva como a consequência de uma certa desconformidade com o direito são infrutíferas. Se o Município responde objetivamente pela desvalorização de imóveis urbanos produzida por viaduto que implantou na vizinhança (penso no caso do “Minhocão”, em São Paulo), isto não significa que a obra viária fosse de alguma forma irregular. Do mesmo modo, quando o fornecedor de produtos ou serviços é obrigado a indenizar, independentemente de culpa, os danos dos acidentes de consumo ocorridos dentro de certa margem estatística de defeituosidade inevitável, não quer isso dizer que sua atividade se apresentasse minimamente ilegal. Pelo contrário, tanto a construção do viaduto como a colocação de bens ou serviços no mercado são atos plenamente lícitos, sob quaisquer dos aspectos que se considere a questão.

A rigor, mais que infrutíferas, são desnecessárias as buscas de algum traço de antijuridicidade nas condutas que dão ensejo à responsabilidade objetiva.

Como pretendo demonstrar, é racional — sob o ponto de vista jurídico, econômico e moral — a imputação de responsabilidade objetiva a determinados sujeitos de direito, mesmo reconhecendo e reafirmando a plena licitude de seus comportamentos causadores do dano.

O fundamento da responsabilidade objetiva, isto é, da imputação da obrigação de indenizar danos a quem agiu exatamente como deveria ter agido, é a socialização de custos. Todo sujeito de direito que se encontra numa posição econômica que lhe permita socializar os custos de sua atividade entre os que são atendidos por ela podem e devem ser objetivamente responsabilizados. O Município que constrói o viaduto realiza obra viária em proveito de todos os munícipes. A mesma obra pode implicar, porém, desvalorização de imóveis urbanos da vizinhança, prejudicando seus proprietários. A responsabilidade prescinde da ilicitude da conduta lesiva porque o Município, ao cobrar os impostos dos munícipes, reparte entre estes (os beneficiários da atuação estatal) o valor das indenizações pagas aos donos dos prédios desvalorizados (os prejudicados). Ao seu turno, o empresário responde objetivamente pelos danos derivados de acidentes de consumo porque pode, por cálculos estatísticos, mensurar quantos de seus produtos ou serviços serão oferecidos ao mercado com defeitos potencialmente lesivos aos consumidores. Feito o cálculo, ele pode embutir no preço que pratica a taxa de socialização dos custos do acidente de consumo. Cada consumidor pagará pelo produto ou serviço um pouco mais, mas terá a garantia de ser indenizado caso venha a ter o azar de ser vitimado pelo inevitável acidente. O INSS está obrigado a pagar às vítimas de acidente de trabalho, independentemente de pesquisar a culpa pelo evento, o valor do benefício previsto em lei porque dispõe dos meios de socializar os custos correspondentes entre todos os expostos ao risco (empregados) e os beneficiados pela atividade arriscada (empregadores e sociedade), mediante a cobrança das contribuições sociais, além do recebimento das dotações cabíveis do orçamento público.

Ocupar posição econômica que permite a socialização dos custos — como é o caso do Estado, do empresário ou do INSS — é fundamento racional suficiente para a imputação de responsabilidade civil por ato lícito. Não há nenhuma transgressão a norma jurídica ou mesmo a preceito moral por parte do sujeito apto a promover essa socialização. Ao contrário, ao desempenhar sua atividade exclusivamente nos quadrantes da legalidade, acaba cumprindo a função distributiva. Aqui, não se impõe ao causador de danos uma sanção com o objetivo de desestimular a prática ilícita — esta é, como se verá à frente, uma das funções da responsabilidade subjetiva. Apenas se alocam recursos de forma racional, compatibilizando a eficiência na administração da escassez e redução das injustiças na distribuição.

As atividades que deram ensejo ao dano indenizável não devem ser desestimuladas; pelo contrário, o proveito que a generalidade das pessoas delas usufruem é visto como altamente compensador em face dos danos causados a alguns poucos. A questão, portanto, não é reduzir ou suprimir os ganhos, mas distribuir entre todos os beneficiados o custo com as indenizações dos danos que a atividade causa. Não é, por exemplo, o caso de suspender todos os voos comerciais, em razão dos acidentes com os aviões de passageiros,

14 J. M. IRRASPE, obra citada, vol. 1, pgs. 117/121.

15 ANDRÉ TUNC, *La responsabilité civile*. 2ª edição. Paris: Economica, 1989, pg. 152.

16 FERNANDO NORONHA, *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003, pg. 484.

mesmo com o objetivo de poupar, a cada ano, a vida de algumas milhares de pessoas. As viagens aéreas são indispensáveis ao regular funcionamento da economia do mundo todo, e, ademais, atendem, no mesmo período anual, de modo seguro centenas de milhões de passageiros. A imputação de responsabilidade objetiva às empresas de transporte aéreo (ainda que tarifada, por vezes) permite preservar a atividade econômica útil a toda a sociedade e atenuar as injustiças no tratamento dos riscos que ela necessariamente encerra.

A objetivação da responsabilidade importa, por fim, a abstração de qualquer juízo de valor na imputação da obrigação. O devedor deve pagar a indenização não porque fez algo irregular, que merece punição. Nem poderá, por outro lado, exonerar-se por nada ter feito de errado. Sua culpa é irrelevante para qualquer efeito: não constitui a obrigação, nem a afasta; não a aumenta ou diminui. Não está em jogo, em suma, qualquer apreciação moral de sua conduta, mas exclusivamente sua aptidão econômica para socializar os custos da atividade entre os beneficiados por ela.

4. Funções da responsabilidade civil

A função da responsabilidade civil é *principalmente* ressarcir os prejuízos da vítima. A recomposição do patrimônio ou do direito do sujeito lesado por ato juridicamente imputável a outrem é o objetivo primário das regras de responsabilização. Não deixa de existir, nesta primazia, ranços da vingança pessoal que inspirara a regra de Talião. Ao sujeito ilegitimamente lesado é reconhecido o direito de receber compensação, pecuniária ou não, cuja contrapartida é a redução do patrimônio do devedor, causador do dano ou responsável por ele. Afastando os vestígios do primitivo arquétipo, aponta-se o ressarcimento da vítima como meio de tutela da indenidade. A ordem jurídica procura garantir a todos os sujeitos a preservação de seus direitos (patrimoniais ou da personalidade), no sentido de assegurar sua recomposição sempre que imputável a outrem qualquer sorte de prejuízo que os acometa.

Tanto a responsabilidade civil subjetiva como a objetiva cumprem a função de compensação. Seja na hipótese de dano causado por culpa do devedor, seja na de imputação de responsabilidade por ato lícito, a função da regra constitutiva do vínculo obrigacional é transferir do patrimônio do devedor para o do credor bens que neutralizem o prejuízo por este último experimentado. O cumprimento da obrigação de indenizar reconduz o credor à condição anterior ao evento danoso. A função compensatória visa reequilibrar o que o prejuízo desequilibrou.

A compensação é feita normalmente mediante pagamento em dinheiro. A obrigação constituída por responsabilidade civil é via de regra pecuniária. Disso não se segue, porém, que equivalha invariavelmente ao dano sofrido. Quando o prejuízo é meramente patrimonial, a compensação é equivalente ao dano. O devedor tem a obrigação de pagar ao credor o valor do prejuízo. Não se opera, neste caso, enriquecimento da vítima, que deve apenas ver seu patrimônio recomposto à mesma condição anterior ao dano.

Já se o prejuízo é (exclusiva ou inclusivamente) extrapatrimonial, no caso de danos morais, o valor a ser pago em dinheiro não é equivalente ao dano. A dor moral é, rigorosamente falando, insuscetível de avaliação pecuniária. O dinheiro que o devedor paga, nesta hipótese de compensação, não tem relação nenhuma com qualquer tipo de redução do patrimônio do credor. Sempre que devida a indenização por danos extrapatrimoniais, a vítima enriquece. A função da responsabilidade civil, assim, é compensar o credor do vínculo obrigacional, seja recompondo prejuízos patrimoniais na mesma medida, seja assegurando-lhe aumento no patrimônio em contrapartida à dor moral experimentada.

Além da função compensatória, cumprem as duas espécies de responsabilidade civil também outra que lhes é comum: a preventiva. Ao determinar a constituição de vínculo obrigacional cuja prestação é a compensação de prejuízos, a lei contribui para a prevenção destes. A responsabilidade subjetiva e a objetiva, porém, cumprem a função preventiva de modo diferente. Para compreender a diferença, convém examinar antes as funções específicas de cada espécie: enquanto a responsabilidade subjetiva sanciona atos ilícitos, a objetiva viabiliza a socialização de custos.

Quem retorna aos tempos em que os pretores e juriconsultos romanos davam interpretação ampliada da Lei Aquília ou em que os juristas franceses discutiam o critério geral da responsabilidade civil que acabou inspirando o Código Civil de Napoleão, percebe que o primeiro vetor a nortear a identificação das externalidades negativas que deveriam ser internalizadas foi a repressão a condutas indesejadas. A lesão no patrimônio de um sujeito devia ser compensada porque era derivada de um ato ilícito de alguém. Se todos

havam se comportado como deviam, o dano seria suportado pelo próprio lesado (*res perit domino*), já que proveniente de infortúnio. A responsabilidade civil tem, então, desde o início o sentido de coibir condutas proibidas.

Note-se que, ao cumprir a função sancionatória, a responsabilidade civil subjetiva aproxima-se das duas outras órbitas de responsabilização jurídica: penal e administrativa. Ao motorista que, transitando em velocidade muito acima da permitida, provoca acidente de trânsito com vítima fatal imputa a lei responsabilidade civil (deve indenizar os danos materiais e morais), penal (comete crime de homicídio culposo) e administrativa (incorre em infração pela qual é multado). As sanções correspondentes a essas três órbitas de responsabilização jurídica são consequências negativas diversas e autônomas — nem sempre sobrepostas — que a lei estabelece para as condutas indesejáveis. A punição na forma da lei é a única via admissível nas sociedades democráticas de evitá-las.

A função sancionatória é exclusiva da responsabilidade civil subjetiva, constituída em decorrência da prática de ato ilícito. No âmbito da responsabilidade civil objetiva, o devedor responde mesmo não tendo incorrido em nenhuma ilicitude. Praticou apenas atos conformes ao direito vigente, que importam benefícios não somente para ele, como para outros ou mesmo para a sociedade como um todo. Sua obrigação de indenizar não decorre de nenhuma conduta indesejável e, portanto, não tem sentido considerá-la uma pena.

A responsabilidade civil objetiva cumpre a função específica de socializar custos de certa atividade. A responsabilidade por acidentes de consumo ilustra bem o mecanismo. Pense no fornecimento de energia elétrica, feito por inúmeros cabos que atravessam o País, espalham-se pelas cidades e capilarizam-se no interior das casas, apartamentos, escritórios, lojas e prédios. Essa imensa rede, ao mesmo tempo em que proporciona uma imensurável gama de comodidade (desde o banho quente diário até operações financeiras via *internet*) a quase todos os brasileiros, também os expõe a riscos consideráveis. Se uma antena de sustentação é danificada — por raio, ato de vandalismo ou terrorismo, acidente causado por terceiros ou qualquer outro evento diverso de culpa da concessionária — e, em decorrência, rompem-se os cabos de alta tensão, isso pode implicar danos fatais às pessoas atingidas pela descarga elétrica. Se formos tratar a questão unicamente à luz do princípio *nenhuma responsabilidade sem culpa*, chegaríamos à conclusão da irresponsabilidade da concessionária. Afinal, no exemplo aqui cogitado, ela agiu exatamente como deveria ter agido na manutenção e operação da rede: o rompimento do cabo de alta tensão decorreu de fortuito (raio) ou de atos não imputáveis a ela (vandalismo, terrorismo etc.). Tratando, porém, a hipótese no contexto da responsabilidade objetiva, percebe-se, antes de tudo, que os consumidores de energia elétrica são os beneficiários de sua oferta ao mercado de consumo (claro que não são os únicos: também a concessionária se beneficia com os lucros auferidos). São eles que terão acesso às inúmeras comodidades proporcionadas pela eletricidade. O fornecimento da energia, porém, implica também riscos de danos às pessoas em geral, a quase totalidade delas também consumidoras de eletricidade. Pois bem, a responsabilidade por indenizar os danos associados ao fornecimento de energia elétrica pode ser imputada à concessionária porque ela ocupa uma posição econômica que lhe permite, sem dificuldade, socializar os custos correspondentes entre os beneficiários do fornecimento. Cada consumidor, ao pagar sua conta de luz, irá desembolsar um pouco mais pela energia, para que todos tenhamos a garantia de indenização no caso de acidente de consumo. Em suma, o ressarcimento pelos prejuízos dos acidentes na rede de transmissão compõe o custo da energia elétrica. Este — como todos os demais custos, diretos ou indiretos, da atividade de fornecimento de eletricidade — é embutido no preço a ser pago pelo consumidor. Em consequência, quem se beneficia da atividade *arca* com os riscos a ela associados. A responsabilidade civil objetiva realiza, desse modo, a socialização de custos (alguns autores preferem falar em “socialização de riscos” ou “distribuição de perdas”, operando com conceitos semelhantes).

Assim, de um lado, a função compensatória é comum à responsabilidade civil subjetiva e objetiva; de outro, a função sancionatória é específica da subjetiva e a de socialização de custos, da objetiva. Por fim, existe, como dito, uma outra função comum às duas espécies, que é a preventiva. Tanto a responsabilidade subjetiva como a objetiva auxiliam a prevenção dos danos; fazem-no de modo peculiar, porém.

A sanção imposta pela responsabilidade civil subjetiva tem em mira, em última análise, evitar novos danos da mesma natureza. O motorista, apenado com a obrigação de indenizar a vítima de sua imprudência, em tese tende a procurar ser mais cauteloso — pelo menos, isso também se espera da aplicação das normas de responsabilização civil subjetiva. A própria função sancionatória, assim, pode expressar-se também pela ideia de prevenção. Desestimulando as condutas ilícitas causadoras de prejuízos a interesse alheio, a sanção

civil contribui para que estes sejam evitados. Referir-se à contribuição da lei para que novos danos da mesma natureza não ocorram seria apenas um modo diferente de explicar a punição. Sanção e prevenção são, desse modo, indissolúvelmente ligadas.

A responsabilidade civil objetiva, por sua vez, não cumpre função sancionatória. Por definição, o devedor da obrigação de indenizar não incorreu em nenhum ilícito. Ele responde pelo dano apenas porque se encontra numa posição econômica que lhe permite socializar os custos de sua atividade entre os beneficiários dela. Ao ser responsabilizado, ele não é punido, até mesmo porque nada fez de ilegal, segundo o direito em vigor. A indenização devida pelo Município aos proprietários de imóveis desvalorizados pela proximidade de determinada obra viária não é uma sanção imposta a ele com o objetivo de puni-lo por algo que não deveria ter feito.

Aparentemente, por não ser sanção, a responsabilidade civil objetiva também não cumpriria a função preventiva. Se nenhuma mudança de comportamento é exigível do devedor, a imputação da responsabilidade não teria o efeito de desestimular a conduta originária dos danos. Temia-se, no passado, que a responsabilidade objetiva, além de não servir como medida de prevenção, acabasse contribuindo para o incremento dos acidentes por retirar o freio moral às condutas potencialmente danosas⁽¹⁷⁾. Parecia que, se o sujeito responderia de qualquer forma pela indenização, não seria estimulado a observar condutas mais cautelosas, aprimorar controles na produção ou circulação de bens ou serviços, atentar para os efeitos prejudiciais de seus atos, ou seja, de algum modo alterar seu comportamento para evitar o dano. A função preventiva, por isso, sempre foi relacionada ao pressuposto subjetivo, à repressão aos atos ilícitos⁽¹⁸⁾.

Assim não é, contudo. Mesmo não tendo função sancionatória, a responsabilidade civil objetiva cumpre, a seu modo, a função de prevenir novos prejuízos ou acidentes.

O mecanismo preventivo é diverso do que opera a responsabilidade subjetiva, mas existe. Em vez de proibir a conduta originadora dos danos e sancionar a transgressão, a lei estimula o agente a buscar a prevenção como meio de redução dos seus custos. Na competição empresarial, todos sabem, estar em condições de vender produto de igual qualidade do concorrente por preço mais baixo é fator decisivo. Se um empresário consegue reduzir a margem estatística dos acidentes de consumo inevitáveis associados ao seu produto, ele poderá praticar preço menor que os dos concorrentes que não conseguiram a mesma redução. Em outros termos, ele terá menos custos a socializar entre os consumidores que os demais empresários com que compete, e poderá cobrar por seu produto preço inferior ao deles. A seu turno, quando a Prefeitura é instada a considerar entre os custos de qualquer obra viária as eventuais indenizações aos proprietários que teriam seus bens desvalorizados, ela pesquisará melhores empregos para os recursos de que dispõe, investindo na busca de solução para o problema do tráfego que não desvalorize os imóveis vizinhos⁽¹⁹⁾. Desse modo, a prevenção é função tanto da responsabilidade civil subjetiva como da objetiva, embora de modos bem diferentes⁽²⁰⁾. Para encerrar, vale registrar o alerta de ANDRÉ TUNC para o fato de que a prevenção de acidentes depende, na verdade, de uma política ampla, que se valha de meios mais efetivos que a ameaça da responsabilização⁽²¹⁾. Em suma, a responsabilidade civil pode contribuir com a prevenção de danos e acidentes, mas não substitui medidas realmente capazes de promover mudanças comportamentais e culturais, que são de natureza pedagógica.

5. Só são indenizáveis os danos morais próprios no caso de responsabilidade civil objetiva

A trajetória da indenização por danos morais no direito brasileiro pode ser dividida em duas fases nítidas: antes e depois de 1988. A fase anterior é marcada pela discussão sobre seu cabimento; vou chamá-la *fase do questionamento*. A segunda, pela superação de qualquer dúvida, na doutrina e jurisprudência, acerca de sua pertinência; chamo-a *fase do consenso*.

17 Cf. GEORGES RIPERT, *Le régime morale dans les obligations civiles*. 2ª edição brasileira. Campinas: Bookseller, 2002, pgs. 207/226.

18 Cf. GUIDO ALPA, *Trattato di diritto civile*. Milão: Giuffrè, 1999, pgs. 138/139.

19 GUIDO CALABRESI assinala que, ao desestimular condutas potencialmente danosas, a responsabilidade civil contribui para a redução da quantidade e gravidade dos acidentes e, conseqüentemente, dos custos a eles relacionados. Previnem-se acidentes tanto por meio de proibição a determinados atos ou atividades como tomando estas menos lucrativas. Para CALABRESI, aliás, a função preventiva da lei é mais importante até mesmo que a de compensar as vítimas pelos prejuízos. Privilegiado o objetivo de redução dos custos associados aos acidentes, a responsabilidade civil é mais eficiente ao evitá-los que ao atenuar seus efeitos (The cost of accidents. A legal and economic analysis. Nova Haven e Londres: Yale University Press, 1970, pgs. 24/31).

20 GUIDO ALPA e MÁRIO BESSONE, obra citada, pgs. 22/23 e 566/578.

21 Obra citada pg. 141 e passim.

Na fase do questionamento, dividiam-se os estudiosos e julgadores em duas grandes posições. De um lado, punham-se os que rejeitavam a indenização por danos morais. Seus frágeis argumentos iam desde a afirmação da imoralidade do ato de compensar a dor com dinheiro até a impossibilidade de calcular o valor exato da compensação⁽²²⁾. Não é o caso de aprofundá-los e discuti-los, tendo em vista serem hoje meras curiosidades históricas, inoperantes na interpretação e aplicação do direito. A rejeição da indenização por danos morais predominou na doutrina e jurisprudência até os anos 1960. Na admissão da indenizabilidade dos danos morais, na fase de questionamento, predominavam os entendimentos de *aceitação relativa*. E, curiosamente, opunham-se, de um lado, os que só aceitavam os danos morais se houvesse *também* condenação em danos patrimoniais aos que, de outro, só os admitiam quando *não* houvesse nenhum dano patrimonial. Aqueles argumentavam que a indenização não poderia limitar-se aos danos morais (por qualquer razão próxima às teses de rejeição), mas que, em havendo danos patrimoniais, a compensação pela dor deveria integrar o ressarcimento do credor, para que fosse completo⁽²³⁾. Se não tivesse havido dano patrimonial, porém, não caberia compensar exclusivamente a dor. Os últimos consideravam, por sua vez, que o instituto se destinava apenas àquelas situações em que o ilícito não gerava prejuízos pessoais ou materiais, mas só ofensa à honra do credor, como no protesto indevido de títulos. Neste caso, para não ficar a vítima sem qualquer indenização, caberia compensar-lhe os danos extrapatrimoniais. De outro lado, se os danos patrimoniais já estavam adequadamente compostos, não caberia acrescer-se nada a título de compensação pelos morais⁽²⁴⁾. A divergência foi superada em favor da possibilidade de cumulação, já na fase do consenso, pela Súmula 37 do STJ (“*são cumuláveis as indenizações por danos material e moral oriundos do mesmo fato*”).

No plano legislativo, o Código Beviláqua trazia já algumas figuras que sugeriam a indenizabilidade dos danos extrapatrimoniais — como o direito ao dote titularizado pela mulher virgem e solteira que havia sido deflorada por quem se recusava a casar com ela, o cálculo da indenização do ofendido na honra que não tivesse sofrido dano patrimonial etc. Além disso, a indenização por danos morais começou a ser especificamente mencionada em alguns diplomas esparsos, como o Código Brasileiro de Telecomunicações (1962), a Lei de Imprensa (1967), o Código Eleitoral (1965) e a Lei dos Direitos Autorais (1973)⁽²⁵⁾. Mas, o que assinala a transição da fase do questionamento para a do consenso é a Constituição Federal de 1988⁽²⁶⁾. Em dois dispositivos o constituinte fez menção ao instituto; a partir de então, todos, repentinamente, puseram-se de pleno acordo, sem maiores elaborações, no sentido de que essas normas constitucionais resolviam em definitivo a questão⁽²⁷⁾. Os danos morais ganham, então, autonomia em face dos patrimoniais, e seu cabimento passa a ser admitido sem reservas pela doutrina e jurisprudência. Os dois dispositivos da Constituição referentes aos danos extrapatrimoniais inserem-se no art. 5º, sobre direitos e garantias fundamentais. São os incisos V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem”) e X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”). Embaladas na vaga modernizante da nova Carta, doutrina e jurisprudência não deram atenção ao fato de o texto constitucional limitar-se às hipóteses de lesão a certos direitos da personalidade, e convergiram para a conclusão da indenizabilidade dos danos morais em toda e qualquer situação de prejuízo⁽²⁸⁾. Penso que a Constituição de 1988 marca a aceitação absoluta dos danos morais não propriamente em razão do conteúdo daqueles dispositivos, mas de sua hierarquia. Ninguém mais precisava sustentar desconfortáveis argumentos do passado, porque estava sendo inaugurada uma nova ordem jurídica.

A rigor, contudo, mesmo após a entrada em vigor do Código Reale, a única norma na ordem jurídica brasileira que prevê, como regra de âmbito geral, a indenização pelos danos morais insere-se na disciplina da responsabilidade civil subjetiva. É a resultante dos arts. 186 e 927 do CC: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “aquele que, por ato ilícito (...), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Em relação à responsabilidade civil objetiva, há normas de âmbito específico, como, por exemplo, as

22 Cf. suma das teses de rejeição em MARIA HELENA DINIZ, obra citada, vol. 7, pgs. 87/98.

23 RT, 496/172.

24 RT, 503/237; 501/192; cf. SÍLVIO RODRIGUES, *Direito civil*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 4, pgs. 189/200; JOSÉ AGUIAR DIAS, obra citada, vol. 2, pgs. 393/458; ORLANDO GOMES, obra citada pg.271

25 MARIA CRISTINA DA SILVA CARMIGNANI, *A evolução histórica do dano moral*. Em *Revista do Advogado* vol. 49. São Paulo: AASR 1996, pgs. 41 e 44.

26 ENIO SANTARELLI ZULIANI, *A era da jurisprudência*. Em “Grandes temas da atualidade: dano moral”. Coordenação de Eduardo de Oliveira Leite. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pg. 202.

27 Cf. CÂND MARIO DA SILVA PEREIRA, obra citada, pg. 58.

28 Há julgado, por exemplo, em que o dispositivo constitucional é invocado como fundamento da indenização moral estabelecida em favor da vítima de coação na assinatura de documentos (RT, 804/226).

pertinentes aos acidentes de consumo (CDC, art. 6º, VI: é direito básico “do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”). Não existe, contudo, norma geral de indenizabilidade dos danos morais na disciplina da responsabilidade civil objetiva.

Mas, mesmo diante da falta de expressa e específica previsão de condenação em indenização por danos morais, quando o fundamento da responsabilidade civil for objetiva, não se pode deixar de amparar a pretensão da vítima a certa compensação pela dor extremada, quando esta se verifica. No estágio atual de desenvolvimento do direito, deixar de atender a esta pretensão, mesmo diante da lacuna legal, não é concebível. A indenização por danos morais próprios, assim, é compatível com a responsabilidade civil objetiva. Não se deve, contudo, ir além deste limiar. Quando se trata de indenização por danos morais impróprios, o resultado é o inverso – não são conciliáveis esta modalidade de danos extrapatrimoniais (na verdade, a forma pela qual se tem imposto, no Brasil, *punitive damages*) e a responsabilização objetiva do devedor da obrigação indenizatória.

Na responsabilidade objetiva, os danos morais decididamente não têm, não podem ter, o sentido de pena. Neste caso, o devedor está respondendo por danos provenientes de ato *lícito* e obriga-se a indenizar não porque tenha feito algo que não deveria, mas simplesmente porque está em condições econômicas de socializar os custos de sua atividade. Quando o sujeito de direito é responsabilizado objetivamente pelos danos sofridos por alguém, a indenização não significa reprovação social, moral ou jurídica aos atos praticados. Pelo contrário, abstrai-se por completo a questão da licitude ou ilicitude deles.

Não se podem confundir as funções gerais da responsabilidade civil, que variam conforme a espécie, com a específica dos danos morais. Ou seja, se o credor não tiver sofrido dor extremada, ainda que tenha sido o dano proveniente de ato ilícito altamente reprovável, não são cabíveis danos morais. De outro lado, se a sofreu, terá direito à compensação, mesmo que vitimada em acidente inevitável originada de atos lícitos. Imagine que pessoa drogada e embriagada cause dolosamente danos de monta ao estabelecimento comercial pertencente a supermercado de rede multinacional, lançando por diversas vezes o seu veículo contra as vitrinas. Causa o delinquente graves danos, mas exclusivamente materiais, malgrado o enorme risco a que muitas pessoas (consumidores, transeuntes e empregados) se expuseram em razão de suas condenáveis atitudes. Não é o caso, aqui, de danos morais, porque ninguém sofreu nenhuma tormentosa dor. Veja, agora, outra hipótese. Apesar das muitas providências que a empresa transportadora aérea efetivamente adota quanto à segurança dos seus voos, ocorre acidente com diversas mortes. É devida indenização moral pela grande dor da perda de entes queridos, embora nenhum ato ilícito tenha sido praticado.

Naquelas hipóteses em que a conduta do devedor foi particularmente repulsiva, é devida indenização punitiva (ou seja, indenização moral imprópria), que não se confunde com os danos morais próprios (ou seja, a compensação pela dor). São funções diversas que cada verba indenizatória cumpre. Desse modo, o motorista drogado e embriagado do exemplo acima deve ser obrigado a pagar indenização punitiva, como forma de sancioná-lo pelos atos praticados, enquanto a transportadora aérea, não. Já num caso em que, de um lado, o credor sofre dor extremada e, de outro, é particularmente reprovável a conduta do devedor, são cabíveis cumulativamente os danos morais e a indenização punitiva.

Não é correto, em suma, relacionar especificamente a indenização dos danos morais a qualquer medida corretiva da conduta do devedor, porque seu pressuposto reside na gravidade dos efeitos extrapatrimoniais do evento danoso. Apenas a grande intensidade da dor da vítima deve ser levada em conta na condenação do sujeito passivo no pagamento de danos morais. A *única* função dos danos morais é compensar a dor da vítima, quando esta é particularmente tormentosa, pungente. Não têm natureza de sanção, por ser irrelevante a licitude ou ilicitude da conduta do devedor ou mesmo a especial repulsa que causa. Não se confundem, assim, com a indenização punitiva.

6. Conclusão

A imposição de condenações aos empresários por indenização moral, muitas vezes em elevadas somas, em razão de alegada deficiência no fornecimento de bens ou na prestação dos serviços, a pretexto de forçá-los a adotarem medidas corretivas que evitem a repetição, no futuro, da mesma situação ensejadora da obrigação de indenizar não tem cabimento, quando fundada na responsabilidade civil objetiva. E esta constatação não decorre de nenhum dispositivo legal específico ou da falta dele. É decorrência lógica da

delimitação dos fundamentos e funções desta espécie de responsabilidade civil.

Quando a condenação tem por base a responsabilidade civil objetiva dos empresários, seu fundamento não está na prática, por este, de qualquer ato ilícito. Ao contrário, decorre necessariamente de um ato lícito e da possibilidade que o empresário tem de socializar as consequências do evento danoso entre os consumidores expostos ao risco de sofrer o dano. De outro lado, a condenação em indenização moral imprópria (*rectius*, a indenização punitiva) não tem sentido como reparação de uma dor extremada, mas, sim, como forma de desmotivar a conduta que deu ensejo ao surgimento da obrigação indenizatória. Mas, se esta conduta é lícita, não há que se cogitar de qualquer imposição visando desmotivá-la. São inconciliáveis, no plano lógico, estas duas condenações.

Em suma, quando o empresário é condenado com fundamento na responsabilidade civil subjetiva (tendo agido com culpa), pode o juiz, se as circunstâncias do caso autorizam, cogitar de uma pena pecuniária que desmotive a repetição do evento. A doutrina e jurisprudência têm, no Brasil, embora pecando por imprecisão conceitual, considerado esta pena uma modalidade de indenização moral (aqui chamada imprópria). Mas, se o empresário é condenado com fundamento na responsabilidade civil objetiva (não tendo agido com culpa), a mesma condenação não tem sentido lógico (e, conseqüentemente, jurídico) a sustentá-la.

Giovanni Gomes de Matos

Mestre em Direito Empresarial Internacional pela Anglia Ruskin University – Cambridge, Graduado pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Especializando em Direito Contratual pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE e Advogado Associado em Lima e Falcão Advogados.

1. Introduction

The school of thought in which every person has a duty of care towards the environment is no longer exclusivity of the natural persons but does seem to have become a concern for legal persons too. As the matter of fact, over the last decade the public awareness of matters such as climate change, ozone depletion, and water and air pollutions has increased drastically, children learn about environmental concerns at the school and, consequently, companies have realised that they have to address this issues in order to grow more sustainable, valuable, profitable and competitive.

The reputation of a company is a critical element of its overall value and a key determinant of shareholder return, and in order to attract investment and survive the company has to build up a good reputation. For this reason, more and more companies have been committed to charity organizations, fair trade and environmental issues. Furthermore, recent studies have demonstrated that via the adoption of sound environmental policies and practices a company can achieve efficiency as it lowers costs by saving energy, managing the waste disposal, controlling its emissions and administrating the impacts it may have on the environment as a whole.

To encourage the implementation of environmental policies and demonstrate the impact of environmental governance on fiscal performance lots of reports and researches have been published in the last years. But, in spite of all the concern raised on the grounds of good environmental reputation many companies have been brought to court for improper disposal of wastes, genetic contamination, trade in endangered species and so on and so forth and have been imposed financial penalties and their CEOs, chairmen, directors and managers also convicted according to their culpability.

These environmental disasters have helped to trigger tougher legislations and to increase environmental awareness through the enormous impact caused on the mass media and, additionally, the rise of power of the stakeholders has proved to bea decisive factor for the worldwide organizations in structuring and implementing sound environmental governance.

2. An enviromental governance

Good practices of environmental governance go beyond business efficiency and its consequent reflection on financial performance. Environmental governance is the ultimate collective mechanism to address the impact of a company` s activities on the environment. For Marcelle Shoop;

“There is growing evidence that engaging in corporate social responsibility and sustainable environmental practices can create positive value through enhanced reputation, license to operate, and the ability to attract and retain resources - from investment capital to quality employees. Other value may result from cost savings associated with environmental improvements such as resulted production inputs, the ability to identify emerging trends and to manage risk and competitive advantage.”¹

As the awareness of the world dimension of environmental concerns grows strongly throughout the globe, consumers are looking for companies that incorporate these concerns with purchasing decisions that can be taken without causing any damage to the future. Sound environmental governance would be of vital importance for the

1 Marcelle Shoop, Corporate Social Responsibility, International Bar Association Series, Edited by Ramon Mullerat, 2005, page 164.

implementation of solid policies that enable the company to commit itself and its community to the environment.

After these considerations is relevant to define what is understood by the term `environmental governance` and, briefly, go through the historic context in which the environmental governance has emerged. For the Environmental Agency “Environmental governance describes a company’s management of its environmental impacts, risks, performances and opportunities.”² Saunier and Meganck state that environmental governance is the “process that links and harmonizes policies, institutions, procedures, tools and information to allow participants (public and private sector, NGOs, local communities) to manage conflicts, seek points of consensus, make fundamental decisions, and be accountable for their action.”³

As seen, the notion of environmental governance is inextricably linked with the idea of policies that envisage measures and practical solutions for the environmental problems and these definitions are complex in the sense that they involve a broader range of elements that go far beyond the definition of corporate governance in itself. What we are saying is that despite the fact that environmental governance is part of corporate governance, it deals with a global concern which is the environment and, for this reason, it’s doctrine reveals a vast range of principles and perspectives that fall outside the less complex relationship between shareholders and directors, or even the relationship between the board and the other stakeholders.

The environmental governance, or corporate environmentalism, is believed to have passed through three stages⁴. The first stage came with the release of the book `Silent Spring` by Rachel Carson in 1962, and it is said to have helped the launching of the environmental movement. At that time the book was elected as the New York Times` best seller and raised concerns about pollution and pesticides, and in 1972 `Silent Spring` also facilitated the ban of the pesticide DDT in the United States. Another important effect that can be attributed to the Rachel Carson`s book is the production of environmental laws in America such as the National Environmental Policy Act, the Resource Conservation and Recovery Act and etc.

This first phase was called the Era of Compliance⁵ once in this stage good corporate governance was characterized simply by the obedience of the law. The second phase, or stage, begins as a result of the Bhopal disaster in 1984, when the Union Carbide Dioxide Plant released 42 tonnes of toxic gas into the air of Bhopal, India, and as a result, it is estimated that 25.000⁶ people have since died. This catastrophic accident was an international wake-up call in the sense that changes have to be made in the environmental governance practices.

The third stage of corporate environmentalism goes beyond compliance and springs from two happenings: the rupture of the super tanker Exxon Valdez in 1989, spilling 11 million of crude oil`s gallons into Alaska and the 20th Anniversary of Earth Day in 1990. In this phase, companies were expected to commit themselves to the Environment in a way in which they had not only to comply with regulatory practices but to exceed them, acting as a model for the corporate community⁷. This Phase was responsible for the birth of terms such as `eco-efficiency`, `win-win` and `strategic environmental management – SEM`.

Carl Frankel recalls that we are now living in the fourth phase of the corporate environmentalism history in which the key word is sustainable development. According to this environmentalist, the dimension of the environmental problem is wider than this corporate community level, it`s a global concern, therefore, much more is required. Corporations around the world have to do more than their `home work`, they have to address sustainable development to the fullest⁸. The principles that, once applied efficiently, would lead the company towards this sustainable development can be exemplified as follow:

- Zero waste; the idea of managing waste will be further discussed in the next content, but basically can be seen as a set of measures and policies adopted by the company in order to eliminate waste as much as possible, rather than just reducing it.
- Whole-system thinking; it involves the need to look at the system holistically, as a whole, in order to solve

2 Corporate Environmental Governance, A study into the influence of Environmental Governance and Financial Performance full report, 2004, found on the Environmental Agency website < <http://www.environment-agency.gov.uk>> Accessed 13 may 2013.

3 Saunier and Meganck, Dictionary and Introduction to Global Environmental Governance, Earthscan Publications, second edition, 2009, page 129.

4 Carl Frankel, in Earth`s Company, Business Environmental and the Challenge of Sustainability, New Society Publishers, 1998, page 37.

5 Idem.

6 Wikipedia, the Free Encyclopedia, Bhopal Disaster, <http://en.wikipedia.org/wiki/Bhopal_disaster> Accessed 03 September 2013.

7 Carl Frankel, in Earth`s Company, Business Environmental and the Challenge of Sustainability, New Society Publishers, 1998, page 39.

8 Carl Frankel, in Earth`s Company, Business Environmental and the Challenge of Sustainability, New Society Publishers, 1998, page 81.

its problems. “When entire systems are examined rather than individual parts, the overall effectiveness of the process, business, or organization improves dramatically”⁹.

- Look outward; advocates that companies have to use other instruments, explore alternative opportunities such as technology transfer and industrial ecology in order to attack unsustainability externally and internally.

A brief look at the evolution of the environmental governance can easily demonstrate that the corporate perception of its social responsibility and sustainable development has increased and matured throughout these phases.

3. Waste management

The effect that the humankind has had upon the environment throughout history has increased enormously in the last centuries. One of these many effects is the production of waste on a massive scale which has been drastically unleashed since the Industrial Revolution due to the exploitation of natural resources on a scale never seen before.

England and Wales are estimated to generate approximately 400 million tons of waste and the UK along with France, Germany and Italy produce 85% of the total volume of waste in the European Union¹⁰. The numbers are really big and they demonstrate the need for action and, needless to say that these actions have to be fairly addressed by every single sector of the industry, from the raw material extraction industries to the biochemistry.

The instrument in which the companies can rely upon to target these issues is called Waste management. This powerful tool can be understood as the collection, transport, processing, recycling or disposal, and monitoring of waste materials.¹¹ Some authors deal with waste management as if it was a problem that concerns only the heavy industries when it is, in fact, a matter that has to be addressed by everyone because even a small coffee shop can use waste management measures that help protect the environment and, in turn, prevent or reduce costs.

Undoubtedly, a lot can be done to achieve this goal and many companies have, already, considered these aspects at the product development level, when selecting manufacturing processes and purchasing materials.¹² Some other companies found out that they can profit from the need for urgent environmental measures such as the Australian Wanless Enviro Services which is specialised in waste recovery and other environmental services.

The most important measures are related to recycling of waste and its disposal. Recycling involves the act of sorting and collecting used materials so it can be used again after processed and its practice is a very important element of modern waste management. When it comes to ecology, recycling means “feeding back material or energy residue into the production process for reuse or re-exploitation”¹³ but in spite of the criticisms about its economic efficiency, recycling has proved to be one of the most effective strategies to target the waste disposal emergency that we are now facing.

To bring a practical and close example of how some companies are dealing with the waste management we can take the Anglia Ruskin University’s initiative. In the winter of 2008 the university published a booklet where it introduces the new recycling measures adopted around the campus. Among these measures we have the introduction of recycling stations into some offices, paper recycling and plastic bottle recycling on the ground floor of the library and so on and so forth. The University of Cambridge also has a solid waste management program that seeks to control the disposal of chemical and clinical wastes, control of chemical, biological and radiological hazards and etc¹⁴.

The international law has played an important role concerning how the waste is managed within the domestic context and it covers three main areas:¹⁵

9 Center for Sustainability at Aquinas College webpage, < <http://www.centerforsustainability.org/resources.php?category=195&root=176>> Accessed 21 July 2013.

10 Wolf and Stanley, Environmental Law, Cavendish Publishing, 4th Edition, 2003, page 185

11 Wikipedia the Free Encyclopedia, <http://en.wikipedia.org/wiki/Waste_management> Accessed 14 August 2013

12 Georg Winter, Blueprint for Green Management: Creating Your Company’s Own Environmental Action Plan, McGraw-Hill Book Company Europe, 1994, page 114.

13 Waldemar Hopfenbeck, The Green Management Revolution : Lessons in Environmental Excellence, Prentice Hall, 1993, page 150.

14 University of Cambridge Website, Environment, <<http://www.admin.cam.ac.uk/offices/environment/guidance/>> Accessed 22 July 2013.

15 Stuart Bell and Donald McGillivray, Environmental Law, Oxford University Press, Seventh Edition, 2008, page 635.

- *Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) has working to harmonize international definitions of waste and to control the transboundary movements of waste destined for recovery operations.*¹⁶
- *United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), this convention governs all aspects of ocean space, such as delimitation, environmental control, marine scientific research and so on*¹⁷. It, therefore, protects the oceans by defining the rights and responsibilities of the nations in their use of the oceans and, thus, preventing the dumping of waste.
- *Stuart Bell and Donald McGilivray*¹⁸ state that due to the tightening of the waste regulation, the cost of disposal has gone up and the exportation of hazardous waste to developing countries became a common activity due to its lower cost. In order to control these movements of disposal in 1992 the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Waste and their Disposal entered into force. Despite its attempt to regularize this international problem, the Convention did not address the matter objectively and, as a result, waste is still being imported into developing countries without the due attention of its recovery.
- *In Shropshire, west midlands, an exemplar recycling program*¹⁹ has been put in place urging to improve its recycling and composting rates to 38%, they have nine Household Recycling Centres in which 20 different types of waste can be recycled and most of the community is engaging in this honourable activity. As seen, activities like that have been developed by different segments of the society and it demonstrates that the environmental issues are not only a government's matter or a private governance's expectation but a concern in which everyone can play a determinant role. As Shropshire's recycling program adverts "the possibilities are endless".

As stated above, much still has to be done to control the management and disposal of waste and, at this point, urgent measures are needed to prevent major environmental problems from happening.

4. Emissions Management

As one of the main elements which are responsible for the biggest threat ever faced by the earth: the climate change, the CO² emissions are far from being a resolved problem although it has been largely discussed and addressed by international treaties and regulations. Companies are also responding to these regulatory standards and external pressure to reduce their gas emissions. The emissions management is the set of systems and measures put in place to help them to efficiently manage their emissions and related risks.

*Important measures have been introduced by the European Union to limit the carbon emissions in a series of directives. The European emission standards define the maximum permitted limit of emission for new cars sold within the member states area. Different standards are applied depending on the vehicle type and some of these standards, such as the Euro 5/6, are based on inputs given by industry stakeholders.*²⁰

Another important step for reducing gas emissions was the signature of the Kyoto Protocol. The Kyoto Protocol Treaty was initially negotiated in December 1997 and came into force in February 2005²¹ and 183 parties have ratified the protocol by January 2009. The Kyoto Protocol is an international environmental treaty which seeks the reduction of the collective greenhouse gas emission by an average of 5.2% compared to the emissions of 1990. Despite the unquestionably importance of this protocol the United States did not sign it once they understood it could harm their economic growth prospects, and this way of thinking was also followed by Australia, Japan, China, South Korea, and India²². These countries are responsible for over 50% of the world's

¹⁶ OECD – Organization for Economic Co-operation and Development Website, Environmental Directorate, <<http://www.oecd.org/dataoecd/57/1/42262259.pdf>> Accessed 23 July 2013.

¹⁷ United Nations Website, United Nations Convention on the Law of the Sea, <http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm> Accessed 23 August 2013.

¹⁸ Stuart Bell and Donald McGilivray, Environmental Law, Oxford University Press, Seventh Edition, 2008, page 635.

¹⁹ British Broadcast Corporation – BBC website, Content, <http://www.bbc.co.uk/shropshire/content/articles/2005/10/03/environment_recycling_centres_feature.shtml> Accessed 03 September 2013.

²⁰ European Union Website, EUROPA, European Commission, Environment, Air, Transport & Environment, <<http://ec.europa.eu/environment/air/transport/road.htm>> Accessed 27 July 2013.

²¹ The Kyoto Protocol Website, <<http://www.kyotoprotocol.com/>> Accessed 27 August 2013.

²² Michael Blowfield and Alan Murray, Corporate Social Responsibility, A Critical Introduction, Oxford University Press, 2008, page 237.

greenhouse gas emissions, energy consumption, GDP and population²³ and in January of 2006 they have officially launched the non-treaty pact known as *The Asia-Pacific Partnership on Clean Development and Climate*.

This pact is meant to allow foreign, environment and energy ministers from partner countries to collaborate to develop technology designed to reduce emissions²⁴ but, dissimilarly to the Kyoto Protocol, those countries members are free to set their own goals for the reduction of the greenhouse gases.

A big step towards a sound EU climate policy was introduced in January 2005. The European Union Emission Trading System, which is the largest multi-national emissions trading scheme in the world²⁵, covers more than 10.000 installations within the European area. These organizations have to comply with the trading scheme by monitoring and reporting annually their CO₂ emissions. At the beginning of 2008, the European Commission proposed a number of amendments to the trading scheme, which will turn it into a more severe regulation. These changes are still at an initial stage and they are not likely to take place until 2012.

At the core of one of the most ambitious projects to mitigate global warming is the Carbon Mitigation Initiative²⁶ which is a joint project of Princeton University and the Ford Motor Company. According to Professors Stephen Pacala and Robert Socolow, both from Princeton, the initiative proposed aims to reduce CO₂ emissions by one million metric tons per year or 25 billion tons over the 50 year period²⁷ by taking actions such as the construction of more efficient vehicles and putting an end to the deforestation. Needless to say, that the Ford Corporation has included this initiative with Princeton University at its sustainability report.²⁸

As seen, much has been done in terms of regulations and initiatives that address greenhouse emissions, but much more needs to be done to monitor performance and to ensure compliance and disclosure.

5. Compliance with regulacions – ISO 14001

The International Organization for Standardization, widely known as ISO, is a non-governmental organization that develops, co-ordinates and establishes worldwide standards. This network is composed of 161 countries and it ensures the desirable characteristics of products and services such as quality, environmental friendliness, safety, reliability, efficiency and interchangeability.²⁹ These standards often become law through treaties or national standards³⁰ and, therefore, companies are happy to comply with ISO's specifications because they have international acceptance in their areas and also because the increasing pressure to address this environmental impacts in a strategic and sound manner. Companies have also being marked according to benchmarking schemes and shareholders are also benchmarking companies that includes environmental and energy metrics.

Among the `generic management system standards`, generic because it can be applied to any organization regardless of size, income or location, we have the ISO 14001 which is the standard for environmental management systems – EMS. The EMS enables a company to identify and manage its significant environment impact by integrating procedure and management controls into the organization`s activities.³¹ The ISO 14001 standard has an estimated 120.000 organizations achieving registration and in order to be awarded with this certificate these organizations must be externally audited by an accredited and independent audition body.

According to Ken Whitelaw:

“ISO 14001 requires an organization to control its impacts on the environment. All aspects of business activity cause changes in the environment to a greater or lesser extent. Organizations deplete energy sources and raw materials and generate products and waste materials. These changes are referred to as environmental impacts”³²

23 Wikipedia, The Free Encyclopedia, Asia-Pacific Partnership on Clean Development and Climate, <http://en.wikipedia.org/wiki/Asia_Pacific_Partnership_on_Clean_Development_and_Climate> Accessed 27 July 2013.

24 Michael Blowfield and Alan Murray, Corporate Social Responsibility, A Critical Introduction, Oxford University Press, 2008, page 237.

25 Wikipedia, The Free Encyclopedia, European Union Emission Trading Scheme, <http://en.wikipedia.org/wiki/European_Union_Emission_Trading_Scheme> Accessed 27 July 2013.

26 Carbon Mitigation Initiative website, Princeton Environmental Institute, <<http://www.princeton.edu/~cmi>> Accessed 28 August 2013.

27 Wikipedia, The Free Encyclopedia website, Carbon Mitigation Initiative, <http://en.wikipedia.org/wiki/Mitigation_of_global_warming> Accessed 02 September 2013.

28 Ford Motors Corporation website, Blueprint for Sustainability 2007/8, page 17, <<http://www.ford.com/doc/sr07-ford-sustainability.pdf>> Accessed 28 July 2013.

29 ISO, International Organization for Standardization website, The ISO system, Discover ISO, Why standards matters, <<http://www.iso.org/iso/about/discover-iso-why-standards-matter.htm>> Accessed 24 August 2013.

30 Wikipedia the Free Encyclopedia website, ISO, <http://en.wikipedia.org/wiki/International_Organization_for_Standardization> Accessed 02 September 2013.

31 Anglia Ruskin University website, ISO 14001 an Environmental Management System, <http://web.anglia.ac.uk/estates/downloads/ISO_14001.pdf> Accessed 24 August 2013.

32 Ken Whitelaw, ISO 14001 Environmental Systems Handbook, Elsevier Butterworth-Heinemann, Second Edition, 2004, page 5.

These environmental impacts are defined by the ISO 14001 standard as:

“Any change to the environment, whether adverse or beneficial, wholly or partially resulting from an organization’s activities, products or services.”³³

The identification of this significance of these impacts is an important stage for an organization which is preparing for the ISO 14001 certification and one of the advertised benefits of its implementation is the improvement of the organization financial performance. According to this orientation, a company can increase its profits and, therefore, improve its financial performance because the overall cost will be reduced due to the learnt lessons in each phase of the implementation.

The profits can also be increased once the quantity of materials and energy required for producing a good may be reduced, lowering the cost of the good, material handling costs, and waste disposal costs³⁴. Furthermore, meeting the different standards of different countries would be more expensive than implementing one standard widely recognised. The relationship between environmental governance and financial performance will be briefly discussed in the next section.

6. Environmental governance and financial performance

The link between Environmental Governance and Financial Performance has been debated exhaustively lately, and diverse studies and reports were seeking to demonstrate the effects that the former has on the latter. In spite of the scepticism of some companies, the results seem to be clear and, as the matter of fact, predictable. According to the Environment Agency UK’s report a sound corporate governance can help financial performance and, conversely, bad performance can have damaging financial consequences³⁵.

The same reported concluded that “in 85% of the total number of studies assessed, we found a positive correlation between environmental governance and/or events, and financial performance.”³⁶ This statement leads inevitably to the fact that investor are more keen on investing in companies that have some commitment to the environment and that address the environmental issues through some efficient set of measures or policy. The financial returns of these investments are clearly better and secure once they reflect the value which is aggregated into the final product.

An effective attitude towards the environment engages the consumer of the good sold or service provided because the environmental awareness has grown in an extent in which consumers are taking this concern into account when choosing goods and services. At the present time, companies that use animals in experiences or that are known for pollution the environment and exploiting the bio system are being marginalized and losing market share to those companies which are committed to the environment.

7. Green companies

Despite the fact that lots of companies have not identified yet what their environmental impacts are, more and more companies around the globe are going beyond the law requirements to run in an environmentally responsible way and becoming more and more committed to the environment. These companies which act, or claim to act, in a way which minimizes damage to the environment, are known as Green Companies.³⁷

Some of these companies are not only complying with the international standards for environmental management ISO 14001 and the required environmental law, but they are also encouraging their employees to use public transport and share their car with colleagues to go to work, providing environmental training and green seminars and, even, encouraging them to get involved in community programs. These companies, as well as assessing their environmental impacts, they also assess their suppliers’ impacts. Suppliers, in their turn, are

33 Virginia Department of Environmental Quality, ISO 14001 Definitions, <<http://www.deq.state.va.us/export/sites/default/ems/pdf/mod3.pdf>> Accessed 24 August 2013.

34 Quality and Standards Authority of Ethiopia website, ISO 1400 Environmental Management System, <www.qsae.org/web_en/pdf/ISO14000Concepts.pdf> Accessed 28 August 2013.

35 Corporate Environmental Governance, A study into the influence of Environmental Governance and Financial Performance full report, 2004, found on the Environmental Agency website <<http://www.environment-agency.gov.uk>> Accessed 19 August 2013.

36 Idem.

37 Wikipedia, The Free Encyclopedia, Green Companies, <http://en.wikipedia.org/wiki/Green_Companies#Controversy> Accessed 29 July 2013.

also identifying potential reduction in their environmental impacts in order to improve the health of the supply chain. In the United States they have the Green Suppliers Network that works with big manufacturers engaging their small and medium-sized suppliers to address environmental issues.³⁸

Bearing in mind this current trend, Professor Christine Mallin highlights that:

“An environmentally responsible company will not subject its workers to potentially hazardous processes without adequate protection (which unfortunately does still happen despite the best endeavours of health and safety regulations), will not pollute the environment, and will, where possible, use recyclable materials or engage in a recycling process. Ultimately, all of these things will benefit society at large and the company itself.”³⁹

The example of those Green Companies should, thus, be followed by all the other companies and this greener attitude should be relentlessly stimulated by the national and supranational law, political parties and, all the segments of the society. In fact, the different ways in which companies could benefit from the adoption of sound environmental governance are clear and leave no room for doubt.

The rank of the UK's sixty best Green Companies was released in 29 May 2009 by The Times Online⁴⁰ as a sort of reward for this initiative. The media periodically releases `green lists` with the companies most environmentally aware and these ranking are obviously a fantastic “shop window” for these well-ranked green companies. It helps to enhance the company's reputation in the public eye, to boost investments and, as stated above by C. Mallin, benefits the society as a whole.

8. Conclusins

The corporate attitude of “going green” can be triggered by many different reasons such as the need to comply with environmental regulations, consumer demand for greener products and/or services, competitive advantages, attempt to lower costs, and so on and so forth. The rise of power and influence of the stakeholders is also an important factor because these individuals and groups are directly/indirectly affected by the company's activities.

In order to become environmentally more responsible and address this global reality, companies have to bring these “green matters” into the boardroom through the adoption of a system of governance focused on the environment. This discussion is relatively new when compared to the level of damage that has already been caused by the humankind to the environment and, as the matter of fact, an efficient model of environmental governance was supposed to be obligatory to companies since the earliest stages of their history.

The implementation of environmental governance has proved to be viable not only to the environment itself, but it is capable of bringing diverse financial benefits to any type of company, as discussed in different sections. Marketing operators are so aware of this reality that they are applying aspects of marketing to develop and implement greener strategies. As seen, the green commitment can easily engage factories, industries of all kind, suppliers, retailers, employees, consumers and, ultimately, the whole society.

Furthermore, director's duty includes acting in a way that maintains the company's reputation for high standards of business and conduct, and according to the current trend, directors have to take into account the wider stakeholder interests. Within these interests we can easily relate the compliance of environmental regulation and the engagement in programs that seek to increase staff and community awareness.

This director's duty perspective alone would justify the adoption of an environmental governance, but when we analyze all the different approaches to tackle the decision of “going green” we realize that it involves some of the factors that enable a company to survive amongst its competitors. In other words, companies need to be able to attract investments to grow, to reduce costs and maximize profits to achieve efficiency and improve its financial performance, to maintain a good reputation and, to build up a health relationship with the community. These goals are inevitably achieved through the implementation of an environmental governance that comprehends compliance with environmental legislation and international standards, efficient management of waste and

38 Green Suppliers Network website, <<https://www.greensuppliers.gov/gsn/home.gsn>> Accessed 01 September 2013.

39 Christine A. Mallin, Corporate Governance, Oxford University Press, Second Edition, 2007, page 53.

40 The Times Online website, Best Green Companies, <http://business.timesonline.co.uk/to/business/related_reports/best_green_companies> Accessed 29 July 2013.

carbon emissions and, the ordinary principles and mechanisms of disclosure and internal control.

9. Bibliography

Carl Frankel, in Earth`s Company, Business Environmental and the Challenge of Sustainability, New Society Publishers, 1998.

Christine A. Mallin, Corporate Governance, Oxford University Press, Second Edition, 2007.

Georg Winter, Blueprint for Green Management: Creating Your Company`s Own Environmental Action Plan, McGraw-Hill Book Company Europe, 1994.

Ken Whitelaw, ISO 14001 Environmental Systems Handbook, Elsevier Butterworth-Heinemann, Second Edition, 2004.

Marcelle Shoop, Corporate Social Responsibility, International Bar Association Series, Edited by Ramon Mullerat, 2005.

Michael Blowfield and Alan Murray, Corporate Social Responsibility, A Critical Introduction, Oxford University Press, 2008.

Saunier and Meganck, Dictionary and Introduction to Global Environmental Governance, Earthscan Publications, second edition, 2009.

Stuart Bell and Donald McGilivray, Environmental Law, Oxford University Press, Seventh Edition, 2008.

Waldemar Hopfenbeck, The Green Management Revolution : Lessons in Environmental Excellence, Prentice Hall, 1993

Wolf and Stanley, Environmental Law, Cavendish Publishing, 4th Edition, 2003

APLICABILIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO

Ricardo Jorge de Carvalho Aroucha Filho

Procurador da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, tendo cursado parte dos créditos da Graduação na Universidade Hochschule Bremen, Alemanha. Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo

O problema da bitributação internacional é examinado a partir de uma perspectiva dos tratados fiscais bilaterais assinados entre as nações para evitar o fenômeno. A análise concentra-se nas peculiaridades e características do Direito Tributário Internacional brasileiro. Os modelos aplicados, os métodos escolhidos e os objetivos a serem atingidos nos tratados, especialmente para evitar a dupla tributação internacional, a cooperação internacional entre as autoridades fiscais e as garantias para os contribuintes, a fim de estimular os investimentos internacionais e o comércio internacional são igualmente relevantes para o presente trabalho. A conclusão do artigo demonstra porque os tratados internacionais são a melhor e mais eficiente maneira de evitar a bitributação internacional.

Palavras-Chave: Bitributação Internacional, Tratados internacionais, Direito Tributário Internacional.

Abstract

The international double taxation's problem is examined with a perspective of the bilateral tax treaties signed between nations to avoid it. The analysis is focused on the peculiarities and characteristics of Brazilian's International Tax Law. The models applied, the methods chosen and the objectives pursued in the treaties, specially the avoidance of international double taxation, international cooperation among tax authorities and guaranties to tax payers in order to encourage international investments and the international trade are relevant to the study. The article's conclusion demonstrates why and how international treaties are the best and most efficient way to avoid international double taxation.

Keywords: International Double Taxation, International Treaties, International Tax Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Bitributação internacional. 3. Direito Tributário Internacional. 4. Aplicabilidade dos tratados contra bitributação. 4.1- Convenções-modelo. 4.2- Tratados Internacionais contra a bitributação. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A consolidação da globalização e o conseqüente desenvolvimento do comércio internacional aumentam os casos de dupla tributação internacional (situação na qual dois ou mais Países impõem sobre o mesmo contribuinte tributos semelhantes, relativos ao mesmo fato gerador e ao mesmo período de tempo).

A bitributação é um fenômeno altamente indesejado, afinal traz efeitos prejudiciais à comercialização de produtos e serviços e à movimentação de capitais, tecnologia e pessoas. Logo, a remoção dos obstáculos trazidos pela bitributação é de extrema importância para o desenvolvimento das relações econômicas entre os países.

Exatamente no intuito de potencializar as relações comerciais e econômicas submetidas a mais de um ente tributante e de reduzir a fuga de contribuintes em busca de alívio fiscal, os Estados vêm, a partir do começo do século XX, negociando e assinando tratados bilaterais para eliminar ou, pelo menos, amenizar os efeitos negativos de uma tributação em dobro. Ao mesmo tempo, o Direito Internacional desenvolve convenções-modelo (ONU, OCDE, dentre outras) para facilitar a elaboração dos referidos acordos bilaterais.

O presente artigo pretende demonstrar que a celebração de tratados internacionais para evitar a bitributação é um importante instrumento para o desenvolvimento do comércio internacional de bens e serviços.

2. Bitributação internacional

A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE propôs em sua Convenção-Modelo sobre dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda e o patrimônio uma definição geral para conceituar o fenômeno da bitributação internacional, compreensível e cabível para o estudo que se segue. Esta definição elaborada pelo Comitê Fiscal da OCDE é amplamente difundida e utilizada pela maioria dos autores que se dedicam ao tema. Segundo a organização:

O fenômeno da dupla tributação jurídica internacional pode ser definido de forma geral como o resultado da imposição de impostos similares em dois, ou mais, Estados, sobre um mesmo contribuinte, pela mesma matéria imponible e por idêntico período de tempo¹.

O eminente doutrinador português Alberto Xavier define que o conceito da bitributação possui dois requisitos: a identidade do fato e a pluralidade de normas. Quanto a este último requisito, Xavier disserta que as normas em concurso devem pertencer a ordenamentos tributários distintos (gerando uma “colisão de sistemas fiscais”). Caso estes ordenamentos correspondam a Estados soberanos, teremos a bitributação internacional. Uma das diferenças estabelecidas pelo autor entre a bitributação internacional e a interterritorial refere-se ao fato de que: “nas relações entre Estados soberanos, não há uma terceira autoridade que lhes seja superior e que delimite definitivamente o poder tributário de cada um; as pretensões fiscais geram-se a partir de cada ordenamento soberano, limitando-se as convenções a consignar regras destinadas a repartir os poderes em concurso ou a atenuar ou eliminar os efeitos do respectivo cúmulo²”.

No intuito de esgotar boa parte dos possíveis conceitos da bitributação internacional, dar-se-á nossa definição sobre o fenômeno ora em estudo. A dupla tributação internacional pode ser conceituada como a imposição de tributos comparáveis ou equivalentes por dois ou mais Estados soberanos e independentes, relativos ao mesmo fato gerador, ao mesmo contribuinte e em um mesmo período tributário. O presente conceito segue a supracitada regra das quatro identidades: para haver a bitributação, é necessária a coexistência das identidades do sujeito passivo, do elemento material do fato gerador, do imposto e do período tributário.

Embora existam pequenas divergências quanto aos requisitos necessários para a configuração da bitributação e quanto às diferentes formas de conceituação do fenômeno, as doutrinas brasileira e internacional entram em consenso quando se referem ao caráter prejudicial e maléfico da bitributação. A opinião unânime dos doutrinadores é a de que a bitributação é uma patologia tributária, a qual atrapalha e dificulta a comercialização de produtos e serviços e a movimentação de capitais, tecnologia e pessoas.

Importante reiterar que uma das diferenças entre a bitributação internacional e a interterritorial refere-se ao fato de que nas relações entre Estados soberanos, não há uma terceira autoridade que lhes seja superior e que delimite definitivamente o poder tributário de cada um. Logo, na bitributação internacional não há nada que impeça a tributação de transações econômicas ocorridas fora do território quando existirem elementos de conexão (como nacionalidade ou residência do contribuinte ou local dos ativos) entre o contribuinte e o(s) Estado(s) tributante(s).

Surge então, a necessidade de se remover os obstáculos que a bitributação internacional traz para o desenvolvimento das relações econômicas entre os países. É preciso que se estabeleçam limites às pretensões

1 OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital – an overview of available products. Artigo disponível em <http://www.oecd.org/tax/taxtreaties/oecdmodeltaxconventiononincomeandoncapital-anoverviewofavailableproducts.htm>. (original em inglês). Acesso em: 02 de maio de 2013.

2 XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.25.

arrecadatórias dos países envolvidos em uma situação de dupla tributação. A busca de soluções para evitar o indesejável fenômeno ocorre por meio de medidas unilaterais, bilaterais e, até mesmo, multilaterais. Contudo, conforme se demonstrará no desenvolvimento do presente artigo, os tratados internacionais são o mecanismo mais eficiente para evitar a bitributação.

3. Direito tributário internacional

Atualmente, o Direito Tributário Internacional possui importância singular na sociedade internacional. A crescente relevância deste ramo do Direito é natural consequência do fenômeno da globalização com suas características de internacionalização dos mercados financeiros e de fluxo intenso de capitais, serviços, produtos e tecnologias entre os países.

O Direito Tributário Internacional tem por objeto situações internacionais, ou seja, situações do cotidiano que têm relação, por qualquer dos seus elementos, com mais de um ordenamento jurídico detentor do poder de tributar. O caráter internacional da situação decorre da sua conexão com mais de um ordenamento jurídico. Portanto, quando vários ordenamentos tributários se consideram competentes para aplicar a uma mesma situação internacional, por ela estar “plurilocalizada” no espaço, em razão dos diferentes elementos de conexão (domicílio, lugar da residência, local da fonte pagadora, dentre outros) adotados por cada um desses ordenamentos, acontece uma dupla (ou até mais) tributação.

É o exemplo de um renomado advogado, de nacionalidade brasileira, residente no Canadá e que obtém rendimentos por palestras ministradas em diversos países ao redor do mundo. Nesse caso hipotético, a lei fiscal brasileira poderia pleitear a tributação dos seus nacionais, ainda que residentes no exterior (*in casu* no Canadá), assim como a lei canadense poderia ser aplicada às percepções mundiais de renda dos residentes no Canadá, ainda que estrangeiros, do mesmo modo que os países onde o advogado ministrou palestras poderiam considerar tributáveis os rendimentos auferidos em razão das aulas terem sido realizadas em seus respectivos territórios.

Um segundo exemplo é a hipótese de brasileiro que possua residência na Argentina, mas que continua auferindo rendimentos referentes a aluguéis de imóveis que têm no Brasil. Na referida suposição, pode o fisco argentino entender como tributáveis os rendimentos de todas as pessoas residentes na Argentina, incluindo os auferidos no exterior (inclusive as rendas dos imóveis alugados no Brasil); por fim, pode a lei brasileira aplicar-se aos rendimentos de imóveis localizados no Brasil.

Nos dois casos supracitados, a situação do cotidiano está plurilocalizada, porque resta vinculada ao ordenamento de mais de um país, por meio de elementos de conexão (nacionalidade, residência, localidade do exercício da atividade, fonte pagadora das rendas, local onde o imóvel se localiza) que a relaciona a mais de um Estado.

4. Aplicabilidade dos tratados contra bitributação

4.1. Convenções-modelo

No atual cenário internacional, destacam-se quatro convenções-modelo contra a bitributação internacional, que são: o modelo da Organização das Nações Unidas – ONU; o modelo dos Estados Unidos da América - EUA; o modelo andino e, finalmente, o mais utilizado pelos países, o modelo da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

A Convenção-modelo da ONU em matéria de impostos sobre o rendimento e o capital surgiu em 1980 e foi reformulada em 2006. A referida convenção-modelo surgiu para amenizar a crítica generalizada, por parte dos países menos desenvolvidos, de que a Convenção-modelo da OCDE era adequada apenas aos interesses recíprocos dos países ricos, porém não se adequava às características de desigualdade de nível de progresso econômico nas relações entre o mundo industrializado e os países menos desenvolvidos. A Convenção-modelo da ONU visa preferencialmente as relações entre nações industrializadas e países em desenvolvimento, focando-se nos interesses destes últimos e privilegiando o Estado da fonte.

Por seu turno, a convenção-modelo dos EUA também merece uma sucinta análise, afinal este é o país de maior peso nas relações econômicas internacionais do planeta. O modelo dos Estados Unidos foi elaborado em 1976 para suas negociações de tratados contra bitributação internacional. A convenção-modelo, que já passou por diversas alterações, é relevante não só pela importância econômica dos EUA no mundo,

mas também pelo número de tratados bilaterais para evitar a bitributação internacional que o país assina. O modelo há de se ressaltar, é adaptado ao sistema tributário norte americano; por isso, a convenção-modelo acentua o princípio da nacionalidade em oposição ao princípio da residência.

Os países do Pacto Andino, assim como os Estados Unidos, também adotam uma Convenção-modelo própria, que tem características específicas. A primeira edição do modelo andino foi escrita no ano de 1971, estabelecendo extenso privilégio ao Estado da Fonte em comparação ao Estado da Residência. O modelo busca a neutralidade na importação de capitais, garantindo ao Estado da residência o direito de tributar por meio da limitação quantitativa de tributos no Estado da fonte. Como dito, a Convenção-modelo do Grupo Andino (Chile, Colômbia, Venezuela, Equador, Peru e Bolívia) é um dos mais fortes documentos em defesa do princípio da fonte.

A Convenção-Modelo da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico foi elaborada na tentativa concreta de alcançar soluções para a tributação da renda e do capital, oferecendo meios de resolver uniformemente os problemas mais comuns que derivam do fenômeno da bitributação internacional. De acordo com a própria OCDE³, a sua Convenção-modelo proporciona mecanismos para resolver, a partir de uma base uniforme, os problemas mais comuns que surgem no campo da bitributação jurídica internacional.

O projeto de convenção e seus comentários interpretativos foram publicados em 1963, ambos foram revistos em 1977. Em 1992, foi publicada uma nova Convenção-modelo com os respectivos comentários, tal versão possui um caráter evolutivo, sujeito a revisões periódicas. Com isso, houve as alterações de 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005 e, por fim, a versão atualizada da Convenção-modelo, surgida em 2008⁴.

O Modelo de Convenção da OCDE está organizado em sete capítulos: os capítulos I (âmbito de aplicação do acordo quanto às pessoas e impostos abrangidos) e II (definições gerais, conceitos de residente e de estabelecimento permanente) regulam os requisitos para a aplicação do acordo; o capítulo III (artigos 6º ao 21), o mais importante deles, contém as regras de distribuição de competência no que concerne aos impostos sobre o rendimento; o capítulo IV dispõe sobre regras de distribuição de competência no que respeita aos impostos sobre capital; o capítulo V faculta aos Estados a escolha entre os métodos da isenção e da imputação; o capítulo VI contém disposições adicionais acerca da não discriminação, procedimento amigável, troca de informações e privilégios entre funcionários diplomáticos e consulares e regras sobre extensão do tratado a partes do território; o último capítulo, VII, têm disposições finais acerca da entrada em vigor e cessação do acordo⁵.

O modelo da OCDE representa uma forma de padronização dos tratados para evitar a bitributação, na busca de uma terminologia internacional própria, com vistas a facilitar uma interpretação uniforme. Muitos entendem que a Convenção-Modelo da OCDE serve apenas de guia na determinação do objetivo e do conteúdo das disposições convencionais, afinal tal convenção não é um tratado, mas apenas um rascunho, uma minuta, que pode servir como ponto de partida para concluir efetivos acordos contra a bitributação. A despeito disso, não se pode olvidar da importância da Convenção-Modelo da OCDE, do ponto de vista prático, na celebração de novos tratados e na interpretação dos acordos contra a bitributação já existentes.

Há um comentário detalhado para cada artigo da Convenção-Modelo da OCDE, o objetivo desses comentários é o de aclarar e de interpretar o conteúdo e delimitar o alcance da convenção. A elaboração dos comentários fica a cargo do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE. Eles são uma relevante fonte de autoridade na determinação da finalidade e conteúdo dos artigos dos tratados contra bitributação; além disso, os comentários auxiliam o intérprete no encargo de aplicar um tratado. A própria Convenção-Modelo da OCDE afirma que os comentários são de especial importância no desenvolvimento do direito fiscal internacional.

A Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico, inclusive, emitiu várias recomendações às administrações tributárias dos Estados membros para que sigam os Comentários aos artigos da Convenção-Modelo, tanto na aplicação como na interpretação de dispositivos de seus acordos bilaterais em matéria tributária. Outrossim, mais um ponto a favor dos comentários é que quando um Estado celebra um acordo nos exatos moldes da Convenção-Modelo, está tacitamente aceitando as considerações presentes nos Comentários da OCDE. Apesar dos comentários não terem força vinculante para os países não membros da OCDE, o fato de um Estado assinar um tratado para evitar a bitributação sob o modelo da OCDE constitui

3 OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital – an overview of available products. Artigo disponível em . <http://www.oecd.org/tax/taxtreaties/oecdmodeltax-conventiononincomeandoncapital-anoverviewofavailableproducts.htm> . (original em inglês). Acesso em: 02 de julho de 2013.

4 XAVIER, Alberto. Direito Tributário Internacional do Brasil. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.71.

5 SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. Aplicação de Tratados Internacionais contra a Bitributação: Qualificação de Partnership Joint Ventures. Série Doutrina Tributária Vol I. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.106.

um indício de que as partes contratantes tinham ciência do modelo e dos respectivos comentários. Logo, apesar de não serem vinculantes, os comentários adquirem a sua importância a partir da sua crescente utilização por parte dos tribunais de diversos países⁶.

Dito isso, é possível concluir que os Comentários da Convenção-Modelo da OCDE são de relevância amplamente reconhecida na interpretação dos tratados contra a bitributação que seguem o referido modelo de convenção. Por fim, vale ressaltar que a totalidade dos tratados assinados pelo Brasil obedece, nas suas linhas mestras, ao modelo da Convenção da OCDE. Ademais, embora não seja membro da OCDE, o Brasil vem utilizando os Comentários da Convenção-Modelo dessa organização para fins de interpretação.

4.2. Tratados Internacionais contra a bitributação

A importância dos tratados contra a bitributação internacional é enorme em razão das diversas finalidades a que se prestam, que vão além de apenas evitar a bitributação. As convenções internacionais ora em análise se propõem a distribuir proporcionalmente as receitas fiscais entre os Estados contratantes, retirar os obstáculos tributários ao comércio entre nações, incentivar o investimento estrangeiro, prevenir eventuais discriminações, atenuar a evasão fiscal, promover o intercâmbio de informações fiscais, dentre outras.

Esses tratados, como categoria de fontes do Direito Internacional Público e do Direito Tributário Internacional, não possuem regras sobre conflitos de lei, muito menos estabelecem que um Estado deva aplicar a sua lei interna ou a lei de outro Estado, eles apenas impõem regras de distribuição, que estipulam a repartição de competências em matéria tributária, no sentido de “capacidade ativa tributária”, a ser exercida de modo equilibrado entre os países signatários.

Ao contrário do que acontece no Direito Internacional Privado, as convenções contra bitributação atuam como regras de limitação da legislação fiscal dos países contratantes. Sua função é limitar a aplicação da legislação tributária dos países pactuantes, envolvidos em situações internacionais em que os respectivos Estados poderiam exercer pretensões fiscais cumulativas sobre um mesmo rendimento.

Luís Eduardo Schoueri⁷ possui um interessante conceito sobre esses tratados internacionais: “são instrumentos de que se valem os Estados para, através de concessões mútuas, diminuir ou impedir a ocorrência do fenômeno da bitributação internacional em matéria do imposto sobre a renda, além do meio para o combate à evasão fiscal”.

Pois bem, após essas colocações é importante posicionar o Brasil no contexto de assinaturas de tratados para evitar a bitributação. O país manteve-se fora do movimento de celebração de convenções durante longo tempo, devido a uma política nacionalista, protecionista e de relativo isolamento. Contudo, com a sua progressiva abertura à liberdade de comércio internacional e ao investimento estrangeiro, o Brasil inverteu a tendência vista até então e, apesar de não ter firmado muitos tratados contra a bitributação internacional se comparado aos países mais tradicionais no Direito Tributário Internacional como Alemanha, Estados Unidos e Inglaterra, assumiu uma postura relativamente ativa na negociação e celebração de tratados nessa matéria.

Atualmente, o Brasil possui em vigor 29 tratados bilaterais para evitar a bitributação, todos estes seguem o modelo fornecido pela OCDE. Os vinte e nove países com os quais o país possui os referidos acordos bilaterais são, por ordem alfabética: África do Sul, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coréia, Dinamarca, Equador, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Países Baixos, Peru, Portugal, República Eslovaca, República Tcheca, Suécia e Ucrânia. Além destes, havia um tratado pactuado com a Alemanha, contudo o mesmo foi denunciado em 29 de dezembro de 2005 e parou de produzir efeitos desde 1º de janeiro de 2006⁸.

Fora esses vinte e nove tratados gerais celebrados pelo Brasil (em vigência), o país celebrou acordos especiais para afastar a bitributação das empresas de navegação marítima e aérea com a Colômbia, o Chile, os Estados Unidos, o Reino Unido, a Suíça e a Venezuela.

A aplicação dos tratados internacionais contra a dupla tributação pressupõe a interpretação das normas neles contidas. A interpretação dos acordos é realizada segundo duas correntes principais: a abordagem textual e a subjetiva. A primeira dispensa maiores explicações, já a segunda, além de levar em consideração

6 SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. Aplicação de Tratados Internacionais contra a Bitributação: Qualificação de Partnership Joint Ventures. Série Doutrina Tributária Vol I. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.144/145.

7 SCHOUERI, Luís Eduardo. Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Dialética, 1999, p. 153.

8 Receita Federal do Brasil. Acordos para Evitar a Dupla Tributação. Lista disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/acordosinternacionais/acordosdupla_trib.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2012.

o texto do tratado, considera igualmente importantes para se buscar a real intenção das partes signatárias, os antecedentes da negociação e os trabalhos preparatórios, assim como a atitude ulterior dos países contratantes. Nesse processo de interpretação dos tratados contra bitributação o princípio da efetividade também adquire posição de destaque, por meio deste busca-se produzir efeito útil a partir da realização dos objetivos esperados pelos países signatários do acordo.

Rodrigo Maitto da Silveira⁹ ressalta que da leitura do artigo 26 – *Pacta sunt servanda* - da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, é possível concluir que os acordos internacionais não só devem ser cumpridos como devem ser interpretados de boa-fé pelas partes signatárias. O autor disserta que os tratados internacionais contra a bitributação devem ser interpretados em conformidade com os princípios do Direito Internacional Público, constantes dos artigos 31 a 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Afinal, enquanto costume de Direito Internacional Público, as regras da Convenção de Viena são amplamente aplicáveis aos tratados internacionais em geral, e especialmente àqueles que visam evitar ou amenizar a bitributação.

Inclusive o referido artigo 31 representa a predominância, no Direito Internacional Público, do enfoque textual na interpretação dos tratados em detrimento da abordagem subjetiva, encontrada no artigo 32¹⁰.

Os países signatários muitas vezes não aplicam as regras de interpretação disponíveis no Direito Internacional Público e privilegiam a interpretação unilateral do tratado. Devido a isso, na hipótese de interpretações diferentes pelos Estados contratantes, em razão do tratamento distinto dado por suas leis internas, a bitributação poderá ocorrer, não sendo alcançado o objetivo principal ao qual se presta o tratado. Aqui surge o problema da qualificação: quando um determinado termo do tratado contra a bitributação não está definido ou foi definido inadequadamente e os Estados contratantes lhe atribuem diferentes interpretações, seja em face das suas leis internas, seja diante do contexto do próprio tratado. Ou seja, o problema da qualificação decorre da interpretação diversa, pelos países signatários, de um mesmo elemento de conexão ou de um mesmo termo não definido pelo tratado, ensejando a aplicação não uniforme do respectivo acordo.

As regras de interpretação dos tratados internacionais contra a bitributação não se prestam a resolver o problema da qualificação propriamente dito, contudo servem ao menos para identificar, com precisão, o instante em que a qualificação aparece. Nesse ponto, é interessante citar o roteiro proposto por Tôrres¹¹: a) interpretação textual, com base no próprio tratado, de acordo com o significado ordinário dos termos nele contidos; b) caso seja necessário, adota-se a interpretação contextual (possível invocar os Comentários à Convenção-Modelo da OCDE); c) faz-se uso da interpretação com base no direito interno dos países signatários. Esse roteiro, inspirado nas regras da Convenção de Viena, mostra a predileção do autor para considerar como subsidiária a aplicação da regra do reenvio ao direito interno (prevista no artigo 3 (2) da Convenção-Modelo), o reenvio ao direito interno somente será autorizado se, de outro modo, não se alcance uma interpretação satisfatória com base no texto do tratado ou no seu contexto.

É importante ter em mente que os tratados para evitar a dupla tributação são normas sobre a aplicação de outras normas (as internas), as convenções internacionais limitam a aplicação do direito interno dos países signatários, distribuindo a tributação de situações internacionais, conforme espécies de rendimentos, para as quais se determina, em cada caso, qual Estado pode tributar o rendimento em questão, até que medida pode fazê-lo, e também se e em quais condições um Estado contratante deve creditar o imposto do outro Estado no cálculo de seu próprio imposto.

5. Conclusão

O presente artigo teve como finalidade refletir sobre a questão da aplicabilidade dos tratados internacionais para evitar a bitributação internacional. A atualidade do tema resta comprovada pelo fato de que a consolidação da globalização e o conseqüente desenvolvimento do comércio internacional e da integração das economias ao redor do mundo aumentam os casos de bitributação internacional.

A bitributação é um fenômeno altamente indesejado, afinal traz efeitos prejudiciais à comercialização de produtos e serviços e à movimentação de capitais, tecnologia e pessoas. Apesar de a bitributação internacional ser conseqüência lógica da integração de mercados e estar no âmbito da legalidade, seus efeitos de or-

9

SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. Aplicação de Tratados Internacionais contra a Bitributação: Qualificação de Partnership Joint Ventures. Série Doutrina Tributária Vol I. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 112.

10 SCHOUER, Luis Eduardo. Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro. São Paulo: Dialética, 1999, p. 169.

11 TÔRRES, Heleno Taveira. Pluriritributação internacional sobre as rendas de empresas. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 640/641.

dem econômica e financeira devem ser sopesados, no intuito de afastar as distorções oriundas dos interesses de liberdade de fluxo de serviços e mercadorias e também para evitar os problemas trazidos pelas divergentes políticas econômicas, tarifárias e tributárias praticadas pelos países.

A importância dos tratados contra a bitributação internacional é muito grande em razão das diversas finalidades a que se prestam, que vão além de apenas evitar a dupla tributação. Os referidos tratados se propõem a distribuir proporcionalmente as receitas fiscais entre os Estados contratantes, retirar os obstáculos tributários ao comércio entre nações, incentivar o investimento estrangeiro, prevenir eventuais discriminações, atenuar a evasão fiscal, promover o intercâmbio de informações fiscais, dentre outras.

O objetivo maior desse trabalho é demonstrar que a assinatura de tratados bilaterais é o mecanismo mais eficiente que as nações têm a sua disposição para evitar os tão indesejados problemas trazidos pelo fenômeno da dupla tributação. Ao realizar eficazmente seu escopo principal, os tratados internacionais contra a bitributação, conseqüentemente, propiciarão o desenvolvimento do comércio internacional de bens, serviços e tecnologia.

6. Referência bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário esquematizado*. 4ª ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BORGES, Antônio de Moura. *Considerações sobre a Dupla Tributação Internacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 01 outubro 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2088>> Acesso em: 29 outubro 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 23ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional Tributário Brasileiro: Convenções de Bitributação*. 2ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª Edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development. *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital – an overview of available products*. Artigo disponível em <http://www.oecd.org/tax/taxtreaties/oecdmodeltaxconventiononincomeandoncapital-anoverviewofavailableproducts.htm>. (original em inglês). Acesso em: 02 de novembro de 2012.

Receita Federal do Brasil. *Acordos para Evitar a Dupla Tributação*. Lista disponível em: http://www.receita.fazenda.gov.br/legislacao/acordosinternacionais/acordosdupla_trib.htm. Acesso em: 11 de novembro de 2012.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito Tributário Internacional: Métodos de Solução dos conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Dialética, 1999.

SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Aplicação de Tratados Internacionais contra a Bitributação: Qualificação de Partnership Joint Ventures*. Série Doutrina Tributária Vol I. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito Tributário Internacional Aplicado – volume IV*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AS EXPECTATIVAS DO NOVO REGIME DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

Alberto de Barros Lima

Advogado, Engenheiro e Empresário, com 33 anos de atuação na área de licitações públicas, é especialista e tem recente obra intitulada “Como Participar de Licitações Públicas”, publicado pela Editora UFPE, trazendo o novo Regime Diferenciado de Contratações Públicas na forma de Lei comentada e suas reflexões. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Gama Filho/RJ e em Gestão de Serviços pela UFPE. Atualmente é pós-graduando em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas/RJ.

1. Introdução

Senhores leitores, o momento é peculiar, e todos clamam por transparência e celeridade nas atitudes dos Gestores Públicos. Diante dessa necessidade “está imposto” um novo instituto chamado RDC que entre outras coisas busca atingir estes objetivos, mas que esta novidade impacta bastante a Lei geral das Licitações e Contratos Administrativos, merecendo por demais o destaque. Eis uma nova forma de contratação pública, ou melhor, de licitação pública.

Então, o que vem a ser RDC? O governo federal através da Medida Provisória (MP) nº 527 em 2011 que versava prioritariamente sobre a criação da Secretaria de Aviação Civil, incluiu este novo instituto batizado de Regime Diferenciado de Contratações Públicas, popularmente conhecido como RDC. Não obstante os contratemos a começar pela maneira com que foi introduzida, com vícios formais tanto do Poder Executivo quanto do Processo Legislativo onde advém por consequência uma enormidade de dúvidas, conflitos e antinomia (choque de Leis) que necessitam ser esclarecidos.

Em princípio, foi instituída esta forma de licitação pelo Poder Executivo através de Medida Provisória em caráter excepcionalíssimo e temporal, pois advinda da necessidade extrema de celeridade de contratações de obras para os eventos da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016, com a qual o atual Estatuto das Licitações (Lei 8.666/93) não se coadunava.

Na sequência do tempo se evidencia a intenção, pois novamente através do mesmo expediente (Medidas Provisórias com outros objetivos destacados) é incluído na RDC a permissibilidade para as obras do PAC (MP – 556) para as obras e serviços de engenharia do Sistema Público de Ensino (MP – 570) e mais recentemente para as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (MP – 580).

Portanto está bastante clara a intenção de introduzir por atos do Poder Executivo com a conivência do legislativo um novo sistema de licitações diferente dos atuais vigentes na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos de 1993 e da Lei do Pregão de 2002.

Não vamos aqui adentrar na discussão da forma truculenta de introdução desta, pois nosso objetivo é focar o tema, até porque identificam-se avanços consideráveis, não obstante ser a maioria em favor do contratante (Poder Público), mas por tratar-se nos tempos atuais de Lei vigente, cabe àqueles que possuem o melhor conhecimento sobre o tema, serem privilegiados nos novos certames licitatórios na forma da RDC se assim ocorrerem, e este é o nosso objetivo, para os que militam no Direito Administrativo e mais especificamente nas Licitações Públicas.

Neste momento inicial sobre a RDC, apesar dos contratemos destacados, entendo ser relevante esclarecer que resumidamente tínhamos as modalidades tradicionais de licitação (convite, tomada de preços e concorrência) obrigatória para as obras de engenharia e a partir deste momento é permitido optativamente para vários objetos, utilizar esta forma de licitação que não difere muito da modalidade Pregão, excetuando-se apenas o regime de execução de obra na contratação integrada, mas que sua utilização será por demais

específica. A seguir será destacada essas similaridades e paralelismo com as Leis já vigentes e as significativas diferenças pontuais da nova legislação específica da RDC.

2. Regime diferenciado de contratação x leis de licitações

Renomados juristas já se anteciparam nas análises preliminares sobre a RDC, mas as fizeram impondo o despir dos vínculos da Lei Federal 8.666/93 e da Lei do Pregão, porém não compactuo com estes, apesar de respeitá-los por demais. A RDC é uma nova forma optativa (não obrigatória) para o caso ainda de objetos específicos, os quais serão pormenorizados, sendo seu alcance atual muito limitado, para não chamá-lo de excepcional, o qual se apresenta com bastante similaridade com a modalidade Pregão e utiliza-se expressamente de várias disposições contidas também da Lei 8.666/93.

Adentrando objetivamente no paralelismo das Leis de Licitações vigentes versus RDC, podemos destacar os seguintes pontos:

- Porquanto as Leis de Licitações até então vigente tem amplitude geral (considerando as modalidades tradicionais e a Lei do Pregão), a RDC se apresenta neste momento na forma limitada e exclusiva a alguns objetos (art. 1º da Lei 12.462/11) além das observações de diretrizes instituídas no art. 4º desta, que necessitam serem observados;
- O regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia da RDC (art. 8º da Lei) é similar as do art. 10 da Lei 8.666/93 excetuando apenas uma das 5 formas chamada de contratação integrada;
- O procedimento licitatório instituído pelo art. 12 da Lei do RDC em todos os seus incisos (de I a VII) são idênticos aos do Pregão, demonstrando inclusive que aparentemente a RDC foi a forma encontrada pelo Poder Executivo de introduzir para as obras de engenharia esta modalidade de Licitação, que era bastante rechaçada com sucesso pela categoria da construção civil;
- Na fase de habilitação das licitações na forma da RDC (que salvo exceção é posterior a apresentação das propostas, como na modalidade Pregão), aplicar-se-á no que couber o disposto pelos arts. 27 a 33 da Lei 8.666/93, os quais também de forma idêntica serão aplicadas na RDC conforme dispõe o art. 14 desta nova Lei;
- Outros pontos também de identidade da RDC com a Lei 8.666/93 são no tocante a dispensa e inexigibilidade de licitação explicitado no art. 35 da RDC; A formalização dos contratos administrativos segue a regra anterior, que conforme art. 39 da RDC são os regidos pelo Estatuto das Licitações (Lei nº 8.666/93) e sobre este ponto não consigo deixar de registrar que o nome com que foi batizado, foi infelize deveria ser revisto, pois a RDC introduziu uma nova forma ou regime de licitação, e não de contratação, por ser esta etapa, idêntica a Lei anterior. As sanções administrativas e criminais também o art. 47 § 2º da RDC instituiu expressamente identidade de aplicação pelo instituído dos arts. 81 a 108 da Lei 8.666/93.

Assim, pelo destacado, é fácil concluir sobre a existência de significativas similaridades entre a Lei de Licitações e Contratos Administrativos em conjunto com a Lei do Pregão frente ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, não obstante que em sendo um instituto recém criado, este é farto em possibilitar questionamento e entendimento diverso que só se instrumentalizam quando da ocorrência dos casos concretos e suas decisões, com o qual ousou solicitar neste momento as devidas ressalvas pelas futuras interpretações díspares deste expressado entendimento que serão factíveis de ocorrência.

3. As significativas diferenças

Quanto as significativas diferenças, destaco que aqui não se busca análise dos prós ou contras, mas o que isto implica aos que do certame desejam participar, os quais nessa sequência suscintamente transcrevemos

alguns pontos significativos que tornam este novo instituto bastante questionável quanto a vantajosidade e segurança jurídica, além daqueles outros em relação a forma com que foi instituída (já comentada) em conjunto com pontos conflitantes dos ditames constitucionais face a este novo instrumento ferir a norma geral advinda do disposto no art. 37, XXI da CF.

Assim, apresento na sequência os mais relevantes termos que merecem estes registros:

- Ao primeiro momento, sobre valor estimado sigiloso já demonstra certa dose de falta de transparência, principalmente na segurança, pois neste país não se consegue guardar segredo de prova de concurso fiscalizada pelo Exército e pela Polícia Federal, como será guardado um sigilo quando uma enormidade de pessoas têm conhecimento. E se algum participante tiver conhecimento antecipado estará inviabilizada a competitividade;
- Torna menos atraente o certame para o participante, pois todo seu esforço de participar poderá ser inviabilizado por um valor estimativo equivocadamente do órgão licitante. Para os que participam frequentemente esta ocorrência é corriqueira, e estando ao final do certame o valor do menor lance, maior que o estimado, e estes não reduzirem o valor, nem os demais, a licitação fracassada, ou seja, tempo perdido;
- Impossibilita questionar antecipadamente preço estimado inexequível pelo pretense participante, onde este só será conhecido ao final, após a ocorrência da licitação, sendo uma submissão no escuro com possibilidade de em uma repetição, todos os demais que não participaram já terem o conhecimento do seu menor valor;
- O sigilo será tornado inviável, quando houver a licitação e esta for fracassada após divulgação deste;
- Na licitação pela RDC no regime de contratação integrada para obras e serviços de engenharia é tortuoso e questionável o orçamento sigiloso estimativo realizado pelo órgão que apenas possui um anteprojeto. Soma-se ainda a isso, quando o instrumento convocatório permitir tecnologia diferenciada de execução, que o torna ainda mais inseguro tanto para o órgão como para os participantes, transparecendo ser um exercício de futurologia.

Destaco por consequência a relevância deste último ponto explicitado, pois se a Administração por força de determinação legal em uma licitação (e isto inclui a RDC, com o reforço constante do art. 3º explicitado) está obrigada a obedecer uma série de princípios e a selecionar a proposta mais vantajosa objetivamente e o contratado só iniciará a elaboração do projeto básico após a assinatura do contrato, como a Administração conseguiu avaliar esta vantajosidade sem possuir ao menos o projeto básico? Veja, estamos lançando neste caso também, esta responsabilidade às comissões de licitação no julgamento sem que este sequer tenham as condições objetivas para tal.

É importante destacar que em tudo transcrito, estou a considerar que a licitação está sendo processada dentro dos limites da legalidade, visto que esta opção de licitação (contratação integrada) possui e se vislumbra como uma porta de se estabelecer diferenças competitivas entre licitantes com informações privilegiadas tanto do sigilo orçamentário, quanto da informação da obra, permitindo a elaboração dos projetos antecipadamente à publicação da licitação por parte de algum licitante privilegiado, atitudes estas que são taxativamente proibidas, podendo por consequência, gerar direcionamento desta, que se tornam ainda mais difíceis de serem apuradas pelos órgãos de controle nas condições atuais, pois estes normalmente realizam muito a posteriori suas fiscalizações.

Sobre o procedimento, julgo conveniente transcrever a RDC em seu art. 12 e incisos com os quais se observará uma similaridade com as regras do Pregão, senão vejamos:

“art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

- I - preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - apresentação de propostas ou lances;
- IV - julgamento;
- V - habilitação;
- VI - recursal; e
- VII - encerramento.”

Sendo assim, tenho a convicção que os leitores identificaram que em relação ao procedimento licitatório a RDC possui identidade com o estabelecido na modalidade Pregão. Registro apenas uma permissibilidade de inversão com a habilitação antecedendo as propostas mediante ato motivado, o que em verdade custo a acreditar nesta ocorrência permissiva explicitada no § único deste artigo, por ficar em desacordo com os princípios da celeridade e eficiência, tão pretendidos.

O artigo 13, destaca a preferencialidade da forma eletrônica, o que também se traduz no estabelecido para a modalidade Pregão sem maiores novidades. O § único deste artigo é o reforço das condições de validade e eficiência dos atos desses procedimentos na forma eletrônica.

Destaco neste momento, que a RDC buscou na concepção do Pregão, todo o seu procedimento, ponto a ponto da licitação e sob o qual destaco aos participantes neste momento o seguinte: “NÃO PARTICIPE DA FASE COMPETITIVA DE OFERTAR LANCES NA RDC SEM FIXAR O VALOR LIMITE INDEPENDENTE DO PREÇO DO CONCORRENTE”. Esta é uma máxima advinda do sistema de leilão, que é forma de realização do Pregão na RDC, sob pena de ao final do certame o participante vencedor tenha se sagrado possuidor de um extraordinário prejuízo.

Sobre os prazos, nada a acrescentar, apenas uma maior redução para as aquisições de bens nos critérios de julgamento destacados, porém acredito que esta RDC não terá grande utilidade para este objeto (aquisição de bens). Quanto aos demais prazos estabelecidos, considero insuficiente por demais no regime de execução de contratação integrada, recomendando antecipar-se ao máximo o licitante na aquisição do instrumento convocatório.

Quanto aos critérios de julgamento, estes estão listados nos incisos do art. 18 que apresentamos na sequência abaixo:

- “I - menor preço ou maior desconto;
- II - técnica e preço;
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV - maior oferta de preço; ou
- V - maior retorno econômico.”

Quanto a decisão do critério, esta vai exigir identificação no instrumento convocatório e a depender deste, para possibilitar julgamento os parâmetros tem que ser definidos objetivamente, assim exige os § 2º e 3º do art. 18 da RDC.

A sequência de arts. 19 a 23 da RDC altera a figura dos chamados tipos de licitações, constantes da norma geral de licitações e contratos (Lei 8.666/93), a qual entendo não caber mais este status, face aos diversos dispositivos desta RDC não estarem amparados por este diploma legal, porém foge o objetivo deste artigo esta análise, merecendo apenas o registro. Voltando aos artigos destacados, estes estabelecem os critérios de julgamento (equivalente aos tipos de licitação), os quais são estabelecidos em função do objeto

licitado e das condições de conveniência para a Administração.

Objetiva e sinteticamente temos:

- O art. 19 cita o critério menor preço ou maior desconto, considerando neste caso o desembolso da Administração, atendidos os requisitos estabelecidos em edital. Logicamente, no critério de maior desconto, o preço considerado será antecipadamente divulgado;
- A combinação do critério, técnica e preço trazidas pelo art. 20 é condicionante inclusive para o regime de contratação integrada (art. 9º, § 2º, III) nas obras de Construção Civil que destina-se exclusivamente a objetos de natureza predominante intelectual e de inovação tecnológica ou técnica ou ainda que possam ser executados por metodologia diferente ou de domínio restrito no mercado. Traz uma obrigatoriedade de definição de parâmetros objetivos que a torna difícil de ser atendida. Soma-se que a muito o critério técnica e preço vinha se reduzindo por demais sua utilização, inclusive não é bem vista pelos órgãos de controle, sendo uma excepcionalidade sua utilização por gerar conflitos nos parâmetros e subjetividade na interpretação, que não se coaduna com Licitação Pública e a RDC, impõe condicionante de obrigatoriedade.
- O art. 21 estabelece o critério de melhor técnica ou conteúdo artístico, equivalente ao concurso, pois exige do Instrumento Convocatório definição de prêmio ou remuneração ao vencedor;
- Quando o objeto tem a finalidade de resultar receita para a Administração Pública o amparo do critério estabelecido no art. 22 é o julgamento pela maior oferta de preços, podendo inclusive ser dispensado neste caso, qualificação técnica e econômica financeira, podendo exigir-se garantia de habilitação limitada a 5%. É o caso de se utilizar nas alienações e cessão de espaço público;
- Por fim o art. 23 é de uma espantosa criatividade, trazendo o critério de julgamento pelo maior retorno econômico, chamado de contrato de eficiência onde a remuneração da vencedora se realiza com a economia gerada pela Administração. O objeto é a prestação de serviço podendo incluir realização de obra e o fornecimento de bens exigindo apresentação de proposta de trabalho e de preço. Contém significativa redução de remuneração, multa e sanções, caso não se realize o retorno esperado. Até o presente momento inexistente aplicabilidade definida.

Os requisitos de desclassificação das propostas instituídos pela RDC são os constantes do art. 24 com seus incisos e parágrafos. Os chamados de vícios insanáveis não possuem maiores esclarecimentos, isto é, nenhum comentário esclarecedor, ou seja, a discussão é inevitável. Quanto aos demais, estes não trazem maiores novidades, pois exigem obediência às especificações técnicas, traz a desclassificação por preço acima do estimado, onde merece destaque o porquê de chamar preço estimado, se este torna-se máximo para desclassificar. A verificação de conformidade pode limitar-se a melhor proposta e a será quase sempre, podendo exigir-se prova de exequibilidade e também permite diligência, tudo em nome de aproveitar a proposta vencedora o que se coaduna com os entendimentos externados atualmente pelos órgãos de controle.

Aos participantes, não obstante a busca em manter classificada a melhor proposta, inclusive permitindo correções de vícios sanáveis, porém recomendo não se descuidar dos pormenores do atendimento em todos os detalhes das exigências do Instrumento Convocatório e de sua exequibilidade. Lembrem-se que esta é a regra para minimizar possibilidade de desclassificação para o participante.

O art. 25 sobre empate das propostas, traz solução valiosa que considero bem vindo em favor da disputa, pois o inciso I determina nova proposta entre eles na forma fechada (proposta escrita e sigilosa) em ato contínuo à classificação. Os demais incisos serão exceção deixando o critério de sorteio como última forma.

Chegamos à chamada fase recursal, onde o art. 27, parágrafo único, e o art. 28 da RDC trazem na verdade toda inteligência desta fase na modalidade Pregão, inclusive a sequência de ao final adjudicar e homologar a licitação realizada.

Encontra-se no art. 45 da RDC em seu inciso II e § 2º do inciso III os prazos de recursos e contrarrazões e no §1º a necessidade de registro da intenção na forma equivalente ao Pregão alterando-se apenas o prazo

para 5 (cinco) dias úteis da intimação, assegurando vistas aos elementos indispensáveis à defesa .

Novamente recomendo ao participante, se identificou problema, não exite de registrar a intenção e formular o recurso, exercendo assim seu direito legítimo, pois passado o momento (da intenção) precluiu a possibilidade de sucesso no certame e a oportunidade na RDC é única, salvo se não houver inversão de fases entre proposta e habilitação com o qual acredito inexistir na prática para o Regime de Contratação Diferenciada que busca pela celeridade procedimental.

O art. 38 da RDC, destaca um ponto peculiar e perigoso sobre as aplicações de preferências de licitantes, mas todas citadas advêm de legislações anteriores, inclusive a mais recente, destacada pela Lei Complementar 123/2006, nos seus arts. 42 a 49, que neste momento não merece maior destaque para não fugir o tema do artigo.

A seção III inicia-se pelo art. 39 e refere-se às regras aplicáveis aos contratos no âmbito da RDC, os quais apenas vertem as regras da Lei 8.666/93, corroborando com o comentário já externado que este novo Regime está calçado no Estatuto Federal das Licitações e Contratos (salvo os pontos aqui destacados e conflitados) e na Lei do Pregão. Falando em Pregão, a RDC também acompanhou o raciocínio da permissibilidade de convocar remanescentes na ordem de classificação ofertada, desde que a proposta final ofertada e negociada seja inferior ao estimado pela Administração.

Neste momento em que concludo a análise dos principais dispositivos da RDC, destaco que por enquanto a regra é utilizar-se da Lei 8.666/93 com suas modalidades tradicionais existentes (convite, tomada de preços e concorrência) para obras e serviços de engenharia e do Pregão nas licitações de aquisições de produtos, bens e serviços comuns. Vale também a necessidade de existir um amplo debate que venha a fortalecer a criação de um instituto completo abraçando inclusive as lições da Lei 8.666/93, os avanços da Lei do Pregão e comedindo com a necessária lisura, transparência e segurança jurídica a forma audaciosa de extremada simplificação principalmente em relação a orçamento sigiloso, licitações vultosas em regime de leilão, e a contratação integrada (projeto e obra) e de vários pontos que aqui foram apresentados sobre este novo instituído do Regime de Contratação Diferenciada já em vigência.

4. Conclusão

Destaco que a longa experiência sobre o tema licitação pública, não me fez capaz de absorver satisfatoriamente este novo instituto, iniciando pela forma de seu nascedouro (praticamente às escondidas por força de outros objetos de Medidas Provisórias), somado ao seu conteúdo polêmico de avanço com nobre pretensão de desburocratização, criando mecanismos para contemplar celeridade, economia e eficiência, mas que diante da necessária segurança jurídica, entendo não ser pertinente tal forma de se estabelecer essas mudanças sem as devidas precauções necessárias.

Tenho consciência dos mecanismos modernos e na valoração da simplificação extremada trazida pelo novo instituto, mas diante da temática (licitações públicas) envolverem significativas somas do erário público, fico com a prudência de considerar verdadeiramente louvável apenas o despertar da necessidade premente de se instituir algo advindo das experiências bem sucedidas atualizando consistentemente os mecanismos das Licitações Públicas com a necessária segurança jurídica, diferentemente da forma com que foi introduzido este novo diploma legal.

Aos consultores e orientadores das empresas e pretensos licitantes, cabe o registro de que este novo Regime de Contratação Diferenciada, exige redobrado cuidado no ofertar preços, onde para os iniciantes não recomendo iniciar por este Regime sua efetiva participação em Licitação Pública, e quanto aos demais, submetam exaustivamente os pedidos de esclarecimentos do regulamento do certame para melhor situar-se na elaboração minuciosa da proposta final de valor a ser apresentada.

Finalizando estas, o momento requer avanços de inovação procedimental, principalmente de celeridade e obediência jurídica com transparência mais não corroboro com açodamentos de decisões em introduzir o novo sem uma análise criteriosa do que verdadeiramente venha em favor da sociedade principalmente quando envolvem utilização de recursos públicos consideráveis sobre a temática Licitação Pública.

5. Legislação aplicável

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988: Artigos 22, inciso XXVII; 37, inciso XXI; 173 §1º, inciso I e 175;

LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993: Estatuto das Licitações Públicas, com as alterações subsequentes em todo seu conteúdo;

LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002: Institui a modalidade de licitação denominada Pregão;

LEI Nº 12.462, DE 04 DE AGOSTO DE 2011: Institui a RDC para licitações públicas;

DECRETO Nº 5.450, DE 31 DE MAIO DE 2005: Regulamenta o pregão eletrônico e dá outras providências;

DECRETO Nº 5.504, DE 05 DE AGOSTO DE 2005: Estabelece a exigência do pregão preferencialmente na forma eletrônica.

6. Referência bibliográficas

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU – 4ª Ed. rev, atual e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações;

LIMA, Alberto de Barros. Como Participar de Licitação Pública. 1ª ed. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 5ª ed. Curitiba: Zenite, 2008.

www.acopesp.org.br/artigos-rdc-regimediferenciadodecontrataçõespúblicas, acessado em 20.04.2013

www.esaf.fazenda.gov.br/capacitacao.../arquivo.2013-04-08.1958660986, acessado em 15.05.2013

www.justen.com.br/informativo, Uma Visão Geral sobre a RDC, acessado em 17.06.2013

www.trigueirofontes.com.br/artigo.php?idartigo=106, Regime Diferenciado de Contratações Públicas..., acessado em 12.05.2013

www.vgpadvogados.com.br/artigo.php?post=19, RDC Artigos..., acessado em 12.05.2013

APLICABILIDADE DA SÚMULA 331 DO TST EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Orlando Moraes Neto

Ex-Procurador do Estado da Paraíba, Advogado, Procurador do Município do Jaboatão dos Guararapes e Professor de Direito Constitucional e de Direito Processual Constitucional.

Terceirização - Redução da estrutura estatal

Trata o seguinte artigo acerca da problemática trazida à tona com a Súmula 331 do TST em face do comando contido no art. 71, §1º da Lei nº 8.666/93, visto que o Colendo Tribunal, de acordo com o teor da súmula supracitada, visa a proteger o obreiro menos afortunado da inadimplência de seu empregador, atribuindo, desta forma, responsabilidade subsidiária ao tomador do serviço terceirizado. Contudo, há situações em que o papel de tomador de serviço terceirizado é exercido pela Administração Pública que, por sua vez, tem regime jurídico próprio, distinto dos particulares, o que implica análise peculiar e mais detalhada.

Antes de adentrar na questão, importa-nos fazer uma contextualização do tema, para que então se torne possível o entendimento dos conceitos imprescindíveis à compreensão integral da problematização aqui proposta como, por exemplo, o que é a terceirização e qual o contexto histórico em que foi inserida.

A terceirização é uma palavra que não existe no dicionário, mas, embora seja um neologismo, é uma formação bem criada e, em virtude disso, é aceitável. Foi construída a partir de *terciário*, forma erudita, equivalente à popular *terceiro*, e pode ser considerada, junto com a globalização, subproduto natural da Revolução Tecnológica nos campos econômico e organizacional da empresa.¹

A globalização (fenômeno interdisciplinar e, portanto, difícil de conceituar tecnicamente, ainda mais porque o tema tem uma grande complexidade hodiernamente e ainda é bastante desconhecido, “que se identifica mais pelos efeitos que pelas causas de origem”) determina a “desintervenção” estatal, isto é, a retirada do Estado de atividades que podem ser executadas pela sociedade civil. É o entendimento de Estado Subsidiário ou, nas palavras de Canotilho, a necessidade de um Estado “menos visível”.

Segundo esta idéia “*la subsidiarité, c’est laisser la société civile fondamentalement libre dans son ordre communautaire, comme dans son ordre marchand*”³, o que enseja uma verdadeira reforma estatal, pois a estrutura estatal, do modo em que se encontrava, não era suficiente, isto é, eficiente, para suportar as demandas internas e, sobretudo, as externas.

Esta busca incessante pela eficiência surge pelo sucesso das dinamizações na organização das grandes empresas da época, que, aliado à influência do pensamento neo-liberal –em voga na época–, provocaram essa enorme ânsia de transformação do aparelho estatal.

É justamente nesse contexto que se insere a terceirização por parte da Administração Pública, visto que esta vislumbra, frente aos Princípios da Subsidiariedade e da Eficiência, reduzir a estrutura do Estado.

1. Da terceirização

1.1. Descentralização das atividades-meio

Terceirização, simplificada, corresponde ao fenômeno de transferência de produção de bens ou

1 Romita, Arion Sayão, A terciarização e o direito do trabalho, in Revista LTr., 56-68/273, São Paulo, LTr Editora, 1992.

2 NOGUEIRA, Alberto. Globalização, regionalizações e tributação: a nova matriz mundial. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 6.

3 A subsidiariedade é deixar a sociedade civil fundamentalmente livre, tanto em sua ordem comunitária, como em sua ordem de mercado. Tradução nossa. NAUDET, Jean-Yve. Mondialisation et polycentrisme. In: Nouvelle Lettre, nº 639, 30 de setembro, 2000.

serviços para outra empresa ou pessoa, ou seja, é a descentralização das atividades da empresa.

Refere-se a uma relação triangular, onde a empresa tomadora firma um contrato com a empresa prestadora de serviços para implemento de suas necessidades acessórias, que não englobem sua atividade fim.

A terceirização, em verdade, se operacionaliza através de um contrato civil de prestação de serviços, constituindo-se, portanto, na utilização de um contrato previsto no Código Civil baseado na autonomia individual da vontade - a igualdade das partes é um dogma básico do Direito Civil tradicional- na seara do direito individual do trabalho.

Em suma, o fenômeno citado alhures relaciona-se com atividades-meio da empresa tomadora de serviços (limpeza, transporte, vigilância, etc.) e decorre da necessidade de aperfeiçoamento das tarefas, da redução de custos, da evolução de técnicas para melhor gestão e aumento de produtividade.

O trabalhador terceirizado é empregado contratado pela empresa prestadora de serviços para realizar suas tarefas na seara da empresa tomadora. Dessa forma, o trabalhador terceirizado está adstrito às regras e ordens fixadas pela empresa prestadora de serviços, de quem recebe seu pagamento.

1.2. TST – Doutrina e jurisprudência

O TST fixou diversas orientações jurisprudenciais acerca do tema, senão vejamos:

- a) Salvo no caso de trabalho temporário, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com a empresa tomadora dos serviços;
- b) Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, como também a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que não exista pessoalidade e subordinação direta;
- c) Haja vista a determinação disposta no art. 37, II da CF/88, a contratação irregular de trabalhador, mediante a utilização de empresa interposta, não gera vínculo em emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional;
- d) O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

A Administração Pública, com o fim de tornar mais eficiente sua atuação, bem como focar sua intervenção nas atividades típicas e exclusivas de Estado, avivou a contratação sob a forma de terceirização.

Partindo-se da idéia do Estado Mínimo, apologia máxima do neoliberalismo, terceirizar é, sem sombra de dúvida, uma das soluções, senão a grande solução para a Administração Pública moderna.

O Decreto-lei nº 200/1967, mais precisamente no seu art. 10, §7º, fora a primeira legislação a tratar de terceirização na administração pública. O referido dispositivo legal objetivando um melhor controle, coordenação, planejamento e supervisão, proclama que deverá ser amplamente descentralizada a execução das atividades-meio da Administração, atividades estas que não constituam o objetivo final da atuação das entidades públicas.

Posteriormente, outras legislações vieram a dispor sobre a terceirização no setor público, tais como a Lei nº 5.465/70, o Decreto-lei nº 2.300/86 e a própria Lei nº 8.666/93.

Consoante disposições contidas na Lei nº 8.666/93, o ajuste de prestação de serviços que tenha como tomador uma entidade pública será formalizado mediante contrato administrativo, sendo, dessa monta, imprescindível a licitação, com exceção dos casos de dispensa e inexigibilidade.

Nesta situação, não existe vínculo empregatício entre o trabalhador terceirizado e a Administração Pública, haja vista que não há relação de subordinação entre eles. O empregado é vinculado e subordinado à pessoa jurídica de direito privado, qual seja, empresa prestadora dos serviços.

Como visto, a legislação permite que a Administração Pública transfira a realização de certos serviços,

correspondente à atividade-meio, para o particular, através de contrato administrativo, resultante de procedimento licitatório.

1.3 Da terceirização na administração pública

Sobre o citado fenômeno, faz-se necessário apontar que nas entidades públicas, a terceirização tem como finalidade a execução de serviços secundários, para que, assim, o tomador de serviços alcance sua finalidade precípua de atendimento ao interesse público, não sendo legítimo que o ente estatal use trabalhadores terceirizados como forma de cumprir seu fim social.

O grande ponto de nosso trabalho diz respeito ao inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, posto que implica a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta e indireta. Tal responsabilidade subsidiária nasce nos casos de inadimplemento, ou inidoneidade financeira da empresa prestadora de serviços.

Considerando a forma como a legislação e a jurisprudência passaram a regulamentar a terceirização, fica, no ar, a seguinte pergunta: aplica-se ou não a responsabilidade patrimonial subsidiária do tomador de serviços na terceirização no serviço público?

A súmula 331, IV do TST assim dispõe:

Súmula 331, IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

Dessa maneira, proclama que o tomador de serviços responderá, subsidiariamente, pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela empresa prestadora, mesmo que integre a Administração Pública.

A citada determinação do TST vai de encontro ao proclamado no art. 71, § 1º da Lei nº 8.666/93, que assim dispõe:

Art. 71 – o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

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

Segundo lição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

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

Interessante notar que a Lei nº 8.666, mais especificamente no seu art. 71, §2º, dispõe que somente nos créditos previdenciários resultantes da execução do contrato, a Administração Pública responde solidariamente com a empresa prestadora de serviços.

Conclui-se que a determinação contida na Súmula do TST cria uma modalidade de responsabilidade, sem que haja qualquer amparo legal neste sentido.

É importante observar que a situação é flagrantemente contraditória, visto que a Administração vagueia entre a total irresponsabilidade e a total responsabilidade subsidiária, sem que nada justifique ou oriente diante dessa discrepância.

Consoante determinação constante na Lei de Licitações, a Administração Pública não detém qualquer responsabilidade pelos encargos trabalhistas, caso haja inadimplência da empresa prestadora de serviços.

O referido posicionamento decorre das seguintes premissas:

- a) O contratado, escolhido através de regular procedimento licitatório, é, em tese, empresa idônea para o desempenho adequado das atividades-meio; assim, a administração pública ao terceirizar serviços mediante prévia licitação já demonstra o interesse em escolher o melhor contratado e empreende todos os esforços para que seja escolhida uma empresa economicamente idônea;
- b) No tocante à culpa in vigilando por parte do Estado, tem-se que este argumento não procede, pelo fato de que é totalmente inviável que o Estado fiscalize a atividade de todas as empresas com as quais celebra contratos de prestação de serviços, cabendo a ele somente o ônus de tomar todas as precauções para escolher as empresas com as quais irá contratar, através do procedimento licitatório, sendo que o inadimplemento por conta dessas empresas não pode ser imputado àquele;
- c) A obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no procedimento licitatório (art. 55, XIII da Lei nº 8.666/93);
- d) Dupla oneração, posto que no valor ajustado pela prestação dos serviços estão incluídos os encargos trabalhistas;
- e) O princípio da legalidade, que proclama a sujeição absoluta da Administração Pública ao contido na lei.

Apesar dos fundamentos expostos alhures, vislumbra-se a aplicabilidade da Súmula nº 331 do TST, em relação à Administração Pública, em algumas situações, quais sejam:

- 1) **terceirização irregular**, como, por exemplo, nos casos em que o empregado terceirizado estiver sob a subordinação da Administração, como também, quando a atividade-fim for terceirizada, haja vista que os entes públicos não podem auferir vantagens em detrimento dos trabalhadores terceirizados;
- 2) **contratação não decorrer de regular procedimento licitatório** (dispensa e inexigibilidade), posto que assim não serão observados os fatores citados acima que são ensejadores da irresponsabilidade do Estado pelos encargos trabalhistas.

Em todas as situações acima descritas, consoante disposição contida na Súmula 331, IV do TST, faz-se necessário, para que se configure a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, que esta tenha participado da relação processual e conste também no título executivo judicial.

Além disso, mesmo que a contratação seja derivada de irregularidades, o vínculo empregatício não se forma entre o empregado e a Administração Pública, tendo em vista que, arrimado no art. 37, II da Carta Magna de 1988, somente por concurso público de provas ou de provas e títulos é que são investidos os cargos e empregos públicos.

2. Os princípios constitucionais e o inciso IV do enunciado 331 do TST

Muitos são os argumentos levantados por aqueles que consideram inconstitucional a aplicabilidade do inciso IV da Súmula 331 do TST.

Em primeiro lugar trazem à tona o Princípio da Legalidade, previsto no artigo 31, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que, ao contrário da vida civil – à qual tudo que não é proibido é permitido –, à Administração Pública só é dado fazer aquilo que a lei expressamente autoriza ou permite e, portanto, deve ser obedecido o que se encontra previsto no artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93.

Levanta-se, também, que a aplicação do inciso IV do enunciado 331 do TST representa um afronto ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, visto que, pode representar um incentivo

à fraude, em detrimento do interesse público, uma vez que o patrimônio público não pode ser considerado remédio para todos os males, não devendo, dessa forma, o Estado ser responsabilizado individualmente por obrigações devidas por terceiros.

Começando pelo primeiro argumento, pode-se dizer que, ao invocar o Princípio da Legalidade, tais doutrinadores pretendiam descartar a obediência, pela Administração Pública, à súmula, que notoriamente não é lei. Contudo, a lei infraconstitucional alegada, a Lei 8.666/93, estabelece a total irresponsabilidade por parte do Estado, disposição esta flagrantemente inconstitucional, afinal, seria possível a lei infraconstitucional limitar a responsabilidade civil, que é notoriamente objetiva diante do art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988?

Quanto ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular, de fato, ele é a base dos princípios constitucionais da Administração Pública e deve ser respeitado. Contudo, o argumento de que a não responsabilização do Estado seria consequência deste princípio é que se encontra distorcido. Interesse público deve ser entendido como o bem estar da sociedade e, este sim, deve prevalecer em detrimento de interesses individuais. A proteção ao trabalhador, que por sua vez representa a sociedade (visto que o trabalho dignifica o homem), antes de ser princípio constitucional, é expressão óbvia de interesse público.

3. Considerações finais: aplicabilidade do enunciado 331, IV do TST em face da administração

Superados os argumentos contra a aplicação do inciso IV da súmula 331 do TST, percebe-se que a responsabilização subsidiária do Estado nos casos previstos é não só questão de legalidade, mas também de aplicação de justiça (objetivo maior do Direito).

Deve-se dar maior relevância à condução da res pública e do interesse público, pois a moralidade foi elevada a princípio constitucional regente justamente em sinal de protesto (pois não se pode afirmar que, se ali não estivesse prevista como princípio, poder-se-ia defender a “imoralidade” no trato dos interesses públicos como uma conduta lícita) e é exatamente nesse sentido que é interessante colocar a problemática aqui trazida: a responsabilidade patrimonial subsidiária da Administração Pública na terceirização foi defendida pelo Colendo TST, expressamente, de modo que se evitasse a usurpação de direitos trabalhistas.

4. Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo**, 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR, 1997.

CARRION, Valetin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 24. ed. São Paulo. Saraiva, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NASCIMENTO, Amaury Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTR, 2001.

NAUDET, Jean-Yve. Mondialisation et polycentrisme. In: **Nouvelle Lettre**, nº 639, 30 de setembro, 2000.

NOGUEIRA, Alberto. **Globalização, Regionalizações e Tributação: A Nova Matriz Mundial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROMITA, Arion Sayão, **A Terceirização e o Direito do Trabalho**, in Revista LTr., 56- 68/273, São Paulo, LTr Editora, 1992.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Método, 2007.

LAVAGEM DE DINHEIRO E O BEM JURÍDICO TUTELADO NA NOVA LEI ANTILAVAGEM

Andrey Stephano Silva de Arruda

Graduado em Direito e pós-graduado em Direito Público pela Faculdade ASCES, Advogado inscrito na OAB/PE.

Resumo

Antes de tudo, informo que sobre o tema pode ser visto no bojo do trabalho, expressões como lavagem de dinheiro ou lavagem de capital, mas que ambas são sinônimas, de utilização precisa, bem como correta, e o presente trabalho tem o condão de mostrar o delito da lavagem de dinheiro que além de ser um delito demasiadamente antigo, permanece ainda muito atual nos ordenamentos jurídicos dos Estados, bem como sua nova legislação que além de mais rígida que a que foi revogada, mudou o seu panorama conceitual e sua posição quanto aos possíveis delitos antecedentes, mudando também o bem jurídico tutelado neste crime, pois lhe foi adicionado um novo bem jurídico a ser protegido, conforme vamos abaixo explicar em sucintos e firmes comentários.

Palavras chave: lavagem de dinheiro, bem jurídico

The Abstract

First of all, inform you on the subject can be seen in the midst of work, expressions such as money laundering or laundering of capital, but that both are synonymous, use precise and correct, and this work has the power to show offense of money laundering that besides being an offense too old, is still very current in the legal systems of States, as well as its new legislation as well as more rigid than was revoked, changed his conceptual outlook and its position on possible offenses background, also changing the legal ward in this crime because you added a new legal right to be protected, as we explain below in comments succinct and firm.

Keywords: money laundering, the legal

1. Introdução

O estudo que iniciaremos neste momento, tem como objetivo cuidar do delito da lavagem de dinheiro, juntamente com a nova lei que mudou o panorama na regulamentação deste crime e o bem jurídico que é por ela protegido.

Serão realizados comentários sobre a origem da lavagem de dinheiro, sua evolução histórica e recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro e após sua definição conceitual.

Posteriormente será feita uma análise sobre a Lei nº 12.683/12 detalhando porque ela é considerada uma lei de terceira geração, bem como, será explanado todas as correntes doutrinárias sobre qual o bem jurídico a ser protegido no delito da lavagem, cujo é este o objetivo principal do estudo presente, a qual pasaremos a expor nos próximos tópicos.

2. Evolução histórica

É cediço que a lavagem de dinheiro teve seu apogeu na década de 20 do século passado, quando o norte-

-americano filho de italianos *Allfonse Capone*, resolveu burlar a lei dos Estados Unidos que vedava o comércio de bebidas, fumos e seus derivados, então vindo *All Capone* a praticar estes delitos seus lucros teriam que ser encobertos, daí comprou ele lavanderias e lava-jatos para poder esconder a origem delitiva dos recursos oriundos dos delitos, surgindo assim o termo *Money Laundering*¹, que significa lavagem de dinheiro, outro fora da lei que também ganhou conotação sobre a lavagem de dinheiro foi *Meyer Lansky*, onde atuava em jogos, tráfico de entorpecentes, corrupção de funcionários públicos, vindo a ocultar os lucros ilícitos em bancos suíços.²

Mas sua origem é bem antes deste momento ápice vivenciado por *All Capone* e *Meyer Lansky*, ou seja, a lavagem de dinheiro surgiu a muito tempo quando os piratas corsários escondiam suas riquezas na então alegre Inglaterra, riquezas estas que eram oriundas de saques de cargas dos navios, pois na Inglaterra não existia um controle rígido de documentações,³ e neste mesmo diapasão destaca Amaury Júnior sobre as Ilhas Virgens Britânicas que

Passaram pelas mãos de espanhóis, holandeses, franceses, dinamarqueses, ingleses e norte-americanos. Sempre foram um refúgio dos corsários que infestavam o Caribe. Um deles, o holandês Joost Van Dyke (...) vindo a ser reconhecido depois pela Companhia das Índias Ocidentais como o poderoso chefe.⁴

Destarte, sendo um delito muito antigo como foi acima demonstrado, a lavagem de dinheiro só veio a ser tutelada por uma legislação penal, após a realização da *Convenção de Viena* no ano de 1988, quando mais de (100) cem países ratificaram os objetivos, conteúdos e o que foi concluído nesta convenção, se responsabilizando de incluir em sua legislação penal uma tipificação deste delito, pois tal ato visou combater o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e conseqüentemente a lavagem de capital⁵, inclusive o Brasil também participou e se prontificou no ato, mas este só veio a legislar este delito no ano de 1998, com a publicação da Lei nº 9.613/98.

Passado a Convenção de Viena, surgiram outras convenções, mas a que ganhou mais destaque foi a de *Estraburgo*, aonde foi implementado algumas medidas como embargos de bens dos indiciados, valores e os direitos provenientes das atividades ilícitas⁶, mas foi com o surgimento do GAFI - Grupo de Ação Financeira Internacional, que a prevenção e combate a este delito ganhou mais força, devido à (40) quarenta recomendações publicadas por este órgão que era formado pelos sete países mais industrializados, que ampliaram o rol dos delitos prévios, colocando por água abaixo o que foi definido pela *Convenção de Viena*⁷, haja vista, não só o tráfico de drogas que desencadeava na lavagem, mas sim outros vários delitos, como o tráfico de armas, crimes contra a ordem pública, econômica, financeira, etc.

Como foi dito acima, o Brasil só veio a tipificar este delito no ano de 1998 com a Lei nº 9.613/98, no qual o seu art. 1º assim se encontrava explícito

Art. 1º - Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

1 DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de dinheiro: Ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2008, p. 80

2 BARROS, Marcos Antonio de. Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: Com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 37

3 CASTELLAR, João Carlos. Lavagem de dinheiro- A questão do Bem Jurídico. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.83

4 RIBEIRO JUNIOR, Amaury. A privatária Tucana. São Paulo: Geração Editorial, 2012, p. 56

5 BONFIM, Márcia Monasse Mougenoti e Edilson Mougenoti Bonfim. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Malheiros, 2008, p.18

6 BONFIM, Márcia Monasse Mougenoti e Edilson Mougenoti Bonfim. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21

7 BONFIM, Márcia Monasse Mougenoti e Edilson Mougenoti Bonfim. Lavagem de dinheiro. São Paulo: Malheiros, 2008, p.19

VII - praticado por organização criminosa.

VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

Desta forma, esta lei que é considerada de segunda geração, pois tem um rol de delitos antecedentes a lavagem de capital, perdurou tutelando o crime em tela durante 14 anos, mas por ser a lavagem um delito transnacional e seus métodos estarem sempre sendo atualizados pelas organizações criminosas, o poder constituído resolveu publicar nova lei que viesse a tornar mais rígida o combate a lavagem, que foi a Lei nº 12.683/12 e com isso, revogou a lei anterior supracitada.

3. Conceito

A lavagem de dinheiro é um dinheiro sujo, obtido através de crimes, qualquer que seja a sua natureza, a partir do advento da Lei nº 12.683/12, que são ocultados, dissimulado no mercado econômico e posteriormente colocado na economia legal como se lícito fosse.

São utilizados mecanismos dos mais variados, como bingos, cabos dólares, equipes de futebol, mescla, empresas de fachadas, testas de ferros ou laranjas, empresas fictícias, entre outros meios⁸, aonde se colocam o dinheiro sujo em contas bancárias, depois são transferidos estes recursos para outras contas e após são retirados e injetados na economia legal como se fosse um dinheiro limpo, através de investimentos nas empresas de fachada ou fictícias, na compra de dólares com os cabos dólares, na compra de imóveis ou móveis em nome dos laranjas, investimentos em jogadores de futebol, apostas em bingos, e com isso o dinheiro passa a ser lavado, haja vista, ter completado todas as suas fases que são: colocação, dissimulação, integração.

Marcos Antonio de Barros assim define o crime de lavagem de dinheiro

Para fins pedagógicos, de forma simples e resumida, pode-se dizer que a lavagem de dinheiro caracteriza-se como sendo um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita.⁹

Neste mesmo sentido também se posiciona André Callegari

Denomina-se lavagem de dinheiro o fato de introduzir no curso econômico de um país bens provenientes da comissão de um delito. O propósito é “legalizar” por meio de complexas manobras financeiras, objetos de procedências ilícitas¹⁰

Diante do exposto, é a lavagem de dinheiro um crime que se utiliza da ordem econômica e financeira, para que através de determinados procedimentos ou manobras bem estruturadas e arquitetadas, as organizações criminosas ou os criminosos comuns, transformam um dinheiro sujo, proveniente de outros delitos, em um dinheiro limpo, aparentemente legal, colocando-o na economia.

4. A Lei nº 12.683/12 uma norma de terceira geração?

Como já foi frisada acima, antes a lei que regia o crime de lavagem de dinheiro era a Lei nº 9.613/98 que previa em seu primeiro artigo, um rol de delitos prévios ao crime aqui estudado, sendo assim denominada de lei de segunda geração, haja vista, a primeira só previa como delito prévio a lavagem de dinheiro, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Visto que era uma lei vaga para se chegar ao delito que ela regulamentava, foi pensado e publicado pelo Poder Legislativo uma nova lei que viesse a ser mais rígida no combate a este crime que tem contornos

8 ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. Prevenção ao crime de lavagem de dinheiro nas instituições bancárias. Monografia/ASCES, Caruaru, 2009, Mimeo

9 BARRROS, Marcos Antonio de; CONTE, Christiany Pegorari. Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação. Artigo publicado in: <http://www.justitia.com.br/artigos/dcxaz7.pdf> acessado em 29.01.2013

10 CALLEGARI, André Luís. Lavagem de dinheiro. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 1

internacionais, esta lei é a Lei nº 12.683/12 que revogou a Lei nº 9.613/98, passando a ser chamada de lei de terceira geração, que conforme Marcos Antonio de Barros

A eliminação do rol taxativo previsto no artigo 1º da Lei nº. 9.613/98, transmutando a nossa legislação, considerada de 2ª geração, para a de 3ª geração; a ampliação da lista de instituições e profissionais obrigados a comunicar ao COAF movimentações suspeitas de dinheiro, sendo obrigatória a comunicação de movimentações de bens, valores ou direitos acima de cem mil reais dos corretores de imóveis, representantes estrangeiros no país, empresas de leasing, comerciantes de objetos de arte e jóias etc.¹¹

Passou a ser a legislação tupiniquim que combate este delito, uma lei de terceira geração, devido ter exterminado o rol dos delitos prévios ao crime de lavagem de dinheiro, com isso, qualquer delito penal que se venha a obter o criminoso um lucro, certa barganha, e faça posteriormente o caminho da lavagem, ou seja, coloque, dissimule e integre o capital objeto do delito, estará ele enquadrado nesta lei em comento.

Em suma, veio a acrescentar ainda mais institutos no combate e prevenção a lavagem, esta lei de terceira geração, mas para não ficar exaustivo a matéria, ficamos presos apenas a extinção do rol taxativo anteriormente aplicado, que com isso, torna-se mais rígido e justo esta ampliação para um rol extensivo, em se tratando do combate a lavagem de dinheiro.

5. O bem jurídico a ser tutelado pela lei antilavagem

Bem jurídico quer dizer aquilo que um ordenamento jurídico, uma lei, protege contra qualquer tipo de ameaça ou violação.

Primeiro se tutelou no combate ao crime de lavagem de dinheiro, a saúde pública, haja vista, com a realização da Convenção de Viena em 1988, ficou estabelecido que por ser a lavagem um delito subsequente ao tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, e que este violava a saúde pública, a lavagem também passou a ser definida neste sentido.

Mas após a publicação das (40) quarenta recomendações do GAFI, mostrou este órgão internacional que a saúde pública, não poderia mais ser o bem jurídico tutelado pela lei que venha a regulamentar o crime de lavagem de dinheiro, pois este delito transnacional viola a Ordem Econômica e Financeira¹², e, não mais a saúde pública.

Neste mesmo diapasão se posiciona Willian Terra de Oliveira, alegando que:

Em razão das graves conseqüências para o sistema econômico-financeiro (tais como o comprometimento do normal fluxo de capitais, a concorrência desleal, a criação de monopólios ou grupos dominantes, a poucas, o abuso do poder econômico, a facilitação da corrupção, etc.), a lavagem de dinheiro é tida por boa parte da doutrina como uma categoria delitiva que atenta contra a segurança da ordem economia-financeira, motivo pelo qual, o bem jurídico protegido pela lei é o sistema financeiro¹³.

Mas esta corrente doutrinária ganhou destaque no nosso ordenamento jurídico até o início desta nova década, haja vista, tal visão também foi açambarcada pela Lei nº 9.613/98 que esteve em vigor até meados do ano de 2012, cujo em seu art. 2º, III, “a” o determinava como o bem jurídico tutelado.

Outra corrente sustenta que o bem jurídico a ser tutelado, é a administração da justiça, devido, o crime de lavagem de capital, em sua segunda fase, ou seja, a dissimulação prejudica em demasia a atividade da polícia judiciária (federal e civil) no combate a este crime, evitando o funcionamento desta, haja vista, a dissimulação do dinheiro sujo oculta a sua origem ilícita, dificultando assim o seu rastreamento.

Defensor desta corrente, Rodolfo Tigre Maia assim a define:

11 BARROS, Marcos Antonio de; CONTE, Christiany Pegorari. Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação. Artigo publicado in: <http://www.justitia.com.br/artigos/dcxaz7.pdf> acessado em 29.01.2013

12 SILVA, César Antônio da. Lavagem de dinheiro: Uma perspectiva penal. Porto Seguro: Livraria do Advogado, 2001, p. 39

13 OLIVEIRA, Willian Terra de. Acriminalização da lavagem de dinheiro. Aspectos penais da lei n.º 9.613/98. Revista de ciências criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º25, 1998, p.118

Os comportamentos incriminados vulneram o interesse estatal em identificar a proveniência de bens e os sujeitos ativos de ilícitos que os geraram, em desestimular a sua prática, em reprimir a fruição de seus produtos e em lograr a punição de seus autores, e desta forma podem afetar o regular funcionamento da justiça. Ao mesmo tempo, nos delitos antecedentes, de repercussão também na esfera econômica ou patrimonial, cuida-se de impedir que o criminoso promova o maior, distanciamento dos bens obtidos de seus legítimos titulares.¹⁴

Destarte, mesmo não tendo sido a corrente majoritária, faz sentido a fundamentação trazida acima pelo doutrinador supra, pois realmente fere o exercício da administração da justiça, o seu eficaz funcionamento, devido a ocultação da origem delitiva do dinheiro sujo a partir do momento em que se realizam a dissimulação do mesmo e depois sua integração na economia legal.

6. Considerações finais

Após a presente explanação dissertativa sobre os tópicos mais importantes do que se enxerga no combate a lavagem de dinheiro, ficou demonstrado que é a lavagem de dinheiro um delito penal econômico, que é bastante utilizado no intuito de encobrir as origens delitivas dos recursos sujos provenientes de crimes, para poder jogá-lo na economia legal como se lícito fosse.

Destarte, passou a ganhar uma maior rigidez com a publicação da Lei nº 12.683/12, devido não mais ter precisão de existência de um delito prévio para se caracterizar posteriormente a lavagem de dinheiro, como o era na vigência da Lei nº 9.613/98, por isso que é considerada uma lei de terceira geração esta nova lei antilavagem que revogou a Lei nº 9.613/98.

Então com o surgimento desta lei de terceira geração que revogou a que era considerada de segunda geração (Lei nº 9.613/98), o bem jurídico antes tutelado, ou seja, a Ordem Econômica e Financeira não foi revogada, passou a ser tutelada também por esta nova lei, mas em conjunto com ela também passou a ser tutelada a administração da justiça, cujo esta visão já era defendida antes da atual legislação vigente por Márcia Bonfim devido ser a lavagem de dinheiro um delito pluriofensivo¹⁵.

Em suma, a lavagem de dinheiro prejudica, viola e lesa não só a Ordem Econômica e Financeira de um Estado, como também a administração da justiça deste organismo, que pode trazer prejuízos incalculáveis a sociedade, prejudicando em demasia a concretização aos direitos fundamentais sociais a qual necessitam.

7. Referencias

ARRUDA, Andrey Stephano Silva de. **Prevenção ao crime de lavagem de dinheiro nas instituições bancárias**. Monografia/ASCES, Caruaru, 2009, Mimeo.

BARROS, Marcos Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: Com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

BARROS, Marcos Antonio de; CONTE, Christiany Pegorari. **Antilavagem de dinheiro: ensaio sobre uma cultura em formação**. Artigo publicado in: <http://www.justitia.com.br/artigos/dcxaz7.pdf> acessado em 29.01.2013
BONFIM, Márcia Monasse Mougenoti e Edilson Mougenoti Bonfim. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2008

CALLEGARI, André Luís. **Lavagem de dinheiro**. Barueri, SP: Manole, 2004

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro- A questão do Bem Jurídico**. Rio de Janeiro: Revan, 2004

DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de dinheiro: Ideologia da criminalização e análise do discurso**. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2008

14 MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. 2ed. São Paulo: Magalhães, 2004, p 57

15 BOMFIM, Márcia Monasse Mougenoti e Edilson Mougenoti Bonfim. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro**. 2ed. São Paulo: Magalhães, 2004

OLIVEIRA, Wilian Terra de. **Acriminalização da lavagem de dinheiro. Aspectos penais da lei n.º 9.613/98**.

Revista de ciências criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º25, 1998

RIBEIRO JUNIOR, Amaury. **A privataria Tucana**. São Paulo: Geração Editorial, 2012

SILVA, César Antônio da. **Lavagem de dinheiro: Uma perspectiva penal**. Porto Seguro: Livraria do Advogado, 2001

PRECLUSÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL – FACULDADE OU OBRIGAÇÃO? ÔNUS OU SANÇÃO?

Custódio Feitoza Amorim

Advogado, Professor, Especialista em Direito Processual pela FACULDADE MAURÍCIO DE NASSAU e Mestre em Direito pela UNICAP – UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO. Professor Adjunto da Faculdade Integrada de Pernambuco – FACIPE.

Resumo

A natureza jurídica da preclusão no Direito Processual Civil é discutida no presente artigo, realçando-se os efeitos da perda de oportunidade de produção do ato processual, como um ônus processual, diferente de sanção. Afirma-se a oportunidade da prática de um ato pela parte como faculdade e considera-se uma contradição confundi-la com obrigação, ratificando-se as teorias de Chiovenda sobre a preclusão e de Carnelutti em relação a ônus processual.

Palavras Chaves. Preclusão. Faculdade. Obrigação e Sanção.

1. Introdução

A resposta às indagações contidas no título do presente artigo, poderia a princípio, afigurar-se numa descabida pretensão. Isto, se a proposta de responder de modo evidente as questões suscitadas, não estivessem fortemente apoiadas na doutrina de grandes processualistas, cientistas da ciência processual. Essas fontes permitiram fincar a argumentação, de modo a tornar claro o debate, hoje cada vez mais discutido sobre a natureza jurídica da preclusão, seu conceito, seus efeitos, sua abrangência e efetividade na prestação da tutela jurídica processual.

Como reflexo das palavras de Carlos Alberto Carmona¹ considera-se que:

As reformas do Código de Processo Civil, a crise do processo e a crise do Poder Judiciário têm provocado um aumento extraordinário do interesse dos operadores no estudo dos temas mais importantes do Direito Processual. Torna-se necessário, diante desta onda renovatória que permeia os últimos 15 anos, um exame cada vez mais profundo dos institutos que estão à base do movimento reformista, para compreender a extensão e a utilidade das inovações que vão sendo impostas pelo legislador (Sic).

Nas formas do processo romano-canônico, que foi a fonte do nosso, como afirma Eduardo Couture,² a preclusão aparece como uma espécie de ameaça jurídica: as defesas tinham de ser opostas todas juntas ‘*sob pena de preclusão*’. A preclusão como pena e sanção têm sido aceitas de forma incontestada na jurisprudência, sendo comum, nas decisões dos tribunais, a utilização da expressão “sob pena de preclusão ou PRECLUSÃO. SANÇÃO IMPOSTA À PARTE”, passando-se uma noção do instituto da preclusão em sentido oposto ao conceituado na Ciência do Direito Processual. Os descaminhos e desvios percorridos nesse sentido levaram o professor Fredie Didier Jr.³ a propor uma nova categoria de preclusão, qual seja: a preclusão sanção decorrente de ato ilícito. *Data venia*, não se pode concordar com esta pressuposição, em virtude de se contrapor a coerência adotada pelo ordenamento jurídico, de não se admitir antinomias. Como se pode aceitar que um mesmo princípio tenha eficácia ao mesmo tempo, afirmativa e negativa, sendo lícito e ilícito, sem que se negue a contradição como elemento constitutivo do Direito Processual Civil?

1. CARMONA, Carlos Alberto, coordenador do livro de Heitor Vitor Mendonça Sica, Preclusão Processual Civil. São Paulo, Editora Atlas, 2006, apresentação de contracapa.

2. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. P. 92-93.

3. DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador. Vol. I. 11ª Ed. Editora JusPODIVM, 2009, p. 280

Nessa perspectiva traz-se a tona os conceitos de Chiovenda sobre o instituto da preclusão, a faculdade como elemento imperativo na atividade processual das partes, a preclusão como exercício de um direito e, a ideia de perda, efeitos e ônus processual.

Como fundamento do direito de ação, na perspectiva do direito subjetivo, a posição de Carneletti é abordado com destaque para sua conceituação de perda e ônus processual, conseqüência do direito oportunizado às partes na defesa de seus interesses, contrariamente a noção de dever e obrigação.

No terceiro momento, passa-se a analisar os exemplos que são ofertados pelo Professor Fredie Didier Jr., na formulação de seu juízo, naquilo que é o fundamento de sua conceituação de preclusão sanção, como *decorrente de ato ilícito*.

Na conclusão do presente artigo, procura-se fundamentar o fenômeno da preclusão como conseqüência, efeito e resultado da prática ou não de certos atos processuais, essenciais para a marcha do processo a que estão submetidos às partes e órgão do Poder Judiciário na solução da lide posta e, a entrega do direito substancial pretendido na efetiva prestação da tutela jurisdicional.

2. Conceito de preclusão de Guiseppe Chiovenda

Não resta dúvida que Chiovenda foi o primeiro a dar distinção e conceituar a preclusão diferentemente de coisa julgada, extraiu da expressão a noção de *poena preclusi* e estabeleceu os contornos próprios de um instituto processual. Localizando, inicialmente, a preclusão dentro do ordenamento jurídico e justificando a ordem legal dos atos processuais, expressou:

El ordenamiento jurídico no se limita a regular cada una de las diferentes actuaciones procesales, su forma y su conjunto, sino que regula su sucesión en la relación procesal; de aquí nace un orden legal en los actos procesales. Lo que se propone el legislador es dar la mayor precisión al proceso, hacer posible la declaración definitiva de los derechos y garantizar su rápida ejecución. Pero más eficazmente atiende a ese fin mediante la institución de la preclusión.⁴

Ao contemplar a preclusão como fenômeno inserido no ordenamento jurídico e este regulando os atos processuais capazes de garantir, “precisão ao processo e assegurar sua rápida execução”, Chiovenda aponta para celeridade que é uma das quatro vertentes que constituem o princípio da economia processual.⁵ Ressalta a precisão e rapidez dos atos judiciais através dos limites onde além dos mesmos já não se pode exercitar essas faculdades. Para ele:

Todo proceso, cual más, cual menos, y también por consiguiente, el nuestro, para asegurar la precisión y la rapidez en el desenvolvimiento de los actos judiciales, pone límites al ejercicio de determinadas facultades procesales, con la consecuencia siguiente: fuera de esos límites esas facultades ya no pueden ejercitarse.⁶

Em seguida ele expõe a essência da preclusão nos atos em que ela incide, porém estes atos têm em comum um único elemento, no qual reside a essência da preclusão, isto é: a perda, ou extinção, ou caducidade, de uma faculdade processual pelo fato de haver-se alcançado os limites prescrito em lei para seu exercício⁷, passando a conceituar:

...entiendo por preclusión la pérdida, o extinción o caducidad de una facultad procesal, que se produce por el hecho: a) o de no haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio, como los términos perentorios o la sucesión legal de las actuaciones o de las excepciones; [preclusão temporal] b) o por haberse realizado um acto incompatible com el ejercicio de la facultad, como la proposición de una excepción incompatible com outra, o la realización de um acto incompatible com la intención de im-

4 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. Vol. III. P. 277.

5 PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 5. Ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 171.

6 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. Vol. III. P. 277/278.

7 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. Vol. III. P. 278.

*pugnar una sentencia; [preclusão lógica] c) o de haberse ejercitado ya una vez válidamente la facultad (consumación propriamente dicha); [preclusão consumativa].*⁸ [grifo nosso].

Chiovenda relata, que o que proporcionou para ele o ponto de partida sobre a conceituação a que chegou, foram os autores alemães, principalmente as idéias de OSKAR BÜLOW, na obra *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*. Ali, se analisam alguns casos importantes de preclusão. Mas a maior utilidade do estudo das preclusões está em haver permitido diferenciar coisas distintas e uma instituição de outras, visto que todos sabem que a diferenciação figura entre as tarefas essenciais e mais fecundas de toda investigação científica.⁹

Antônio Alberto Alves Barbosa, interpretando a conceituação de Chiovenda afirma que a preclusão “é o instituto que impõe a irreversibilidade e a auto-responsabilidade no processo” e isto tornam impossível a prática de atos fora das formas convencionadas, ou do momento oportuno, não podendo ser contrários à lógica, assim como, praticados uma vez válida ou invalidamente são atingidos pela consumação, não se repetindo o mesmo na mesma relação processual.¹⁰

2.1 A faculdade como atividade processual das partes

Andrioli, *apud* Antônio Alberto Alves Barbosa,¹¹ expõe a mudança doutrinária ocorrida com o trabalho de Bülow, permitindo uma nova fase nos estudos processuais. Ao substituir a concepção contratualística do fenômeno do juízo, toda fundada no dogma da vontade, por outra baseada numa visão objetiva das coisas. Ele sustenta que:

O contumaz não viola uma obrigação de comparecer, que não existe – apenas não exercita o direito de defender-se, e, por isso, suporta as conseqüências danosas decorrentes; o réu que não opõe exceção de incompetência do juízo, nem por isso consente tacitamente em ser julgado por um magistrado incompetente – apenas não exercita, tempestivamente, o direito de contestar a competência do juiz (*Sic*).

O professor José de Moura Rocha,¹² caracterizando o interesse no Processo civil das partes e do Estado, aduz: “Se as partes possuem ‘interesse’, também possui o Estado. O processo surge como equacionante dos mesmos interesses que podemos chamar de privado e estatal”.

A essa concepção privado e estatal se insurge Carnelutti, por não admitir que o processo civil desempenhe uma função de interesse privado, mas diferentemente, uma função do interesse público, aduz:¹³

Antes de tudo, é preciso não confundir o interesse das partes com o interesse privado. O interesse de uma parte no processo civil, pode ser francamente público. (...) Em segundo lugar, está o erro ao pensar que o processo civil funciona em interesse das partes. O processo civil se desenvolve não no interesse das partes, e sim por meio do interesse das mesmas. O interesse das partes é um meio, em virtude do qual se realiza a finalidade pública do processo, ou em outras palavras, o interesse no conflito é aproveitado para a composição do conflito. (...) A finalidade das partes é ter razão, a finalidade do processo é dar a razão a quem tenha (...) que se dê razão a quem tenha, não é um interesse das partes, e sim um interesse da sociedade inteira. Portanto, não é o processo que serve às partes, e sim as partes ao processo.

O professor José de Moura Rocha esclarece os fundamentos dos interesses das partes através do processo, com os dispositivos interpostos pelo Direito objetivo:¹⁴

8 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. Vol. III. P. 278.

9 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. Vol. III, p. 279

10 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1994. P. 124

11 BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1994. P. 27-28

12 ROCHA, José de Moura. *Da preclusão e da atividade processual das partes*. Recife. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959, p. 11.

13 CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de direito processual civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Vol. I, p. 337.

14 ROCHA, José de Moura. *Da preclusão e da atividade processual das partes*. Recife. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959, p. 16.

Quando o Estado impediu ou proibiu a auto defesa, possibilitou, aos particulares, meios de que pudessem dispor para pleitear a satisfação dos seus interesses. Para a regulamentação destes meios, postos a disposição das partes, é que surgiram as **formas** a que se estenderam, desde logo, os **termos**. Estas **formas** e estes **termos**, devendo ser utilizados pelas partes, aparecem, desta maneira, como aspectos objetivos. Contudo, não sendo eles bastantes, seguiram-se-lhes as **obrigações** e os **ônus**. Estes já, não como aspectos objetivos e sim como subjetivos (*Sic*).

A esta regulamentação dos meios postos a disposição das partes o Direito objetivo teria que criar instrumentos, como bem se expressa Carnelutti, no delicado mecanismo das preclusões.¹⁵ É, portanto a preclusão que imprime ordem, disciplina e dinâmica a atividade das partes, facultando-lhes oportunidades de acelerar a marcha processual, através do exercício dos atos que se lhes impõem, na forma e no tempo previsto pelo ordenamento jurídico processual.

Cristina Ferraz ao fazer referência aos princípios da ordem legal e da eventualidade considera a preclusão como algo inerente ao processo e, relacionando-a com a faculdade das partes e o poder do juiz, afirma:¹⁶ “... a preclusão *torna factível a aplicação dos princípios da ordenação legal e da eventualidade*, garantindo com isso a delimitação do litígio”. Através dos meios de ataque e defesa, impulsiona a marcha processual rumo à composição da lide. Passa então, a constituir em objeto da preclusão tanto as faculdades das partes como o poder do juiz.

2.2 Perda, efeitos e ônus processual

O Dicionário Houaiss¹⁷ aponta como acepção jurídica do termo perda: “privação de algo, seja por extravio, destruição, apreensão ou falta de produção, de que decorre, materialmente, prejuízo ou diminuição de valor no patrimônio de alguém” e aponta como antônimo: “benefício, ganho,...”

José Frederico Marques conceituando preclusão afirma:¹⁸ “Sob o ponto de vista objetivo, a preclusão é um fato impeditivo, destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Do ponto de vista subjetivo, é a perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto”.

É sob o manto do direito subjetivo, que se pode obter uma inferência do termo perda no Processo Civil. A percuciente acepção jurídica apontada por Antônio Houaiss vem ao encontro do entendimento sedimentado na doutrina a partir de Chiovenda, quando aponta o efeito da preclusão como perda de uma oportunidade, de uma faculdade, do não exercício de um ato para o qual a parte detinha o poder autônomo de exercê-lo, mas não o fez por inércia, imperícia, imprudência, desatenção aos efeitos da preclusão na marcha processual.

Ao se confrontar o efeito com a causa, sendo conceitos antitéticos, pode-se extrair de Antônio Houaiss o sentido de causa como: ¹⁹ razão de ser; explicação, motivo e, como antônimo: consequência, efeito, resultado, seqüela. É esta acepção de causa que produz um efeito preclusivo na atividade da parte, existe uma explicação, um motivo, de sua total responsabilidade, possibilitando o fenômeno da preclusão como resultado, seqüela e prejuízo.

3. O conceito de ônus na visão de Carnelutti

Carnelutti ao conceituar o direito subjetivo explicita que a situação jurídica ativa, consiste no pronunciamento de um interesse, efetuado por meio de uma medida jurídica.²⁰

Quando a medida adotada for uma sanção, pode suceder que o predomínio do interesse esteja garantido pelo Direito, sob dependência da vontade de seu titular, de tal modo que a obrigação exista não apenas em virtude do mandato jurídico e sim também da vontade do titular do interesse garantido. Em tal caso, ao prevalecimento de um interesse obtido por meio de um poder atribuído à vontade do

15 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Vol. I. P. 445 e 484.

16 FERRAZ, Cristina. Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 47

17 HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Instituto Antônio Houais de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2.184.

18 Marques, José Frederico. Instituições de direito processual civil. V.II. Campinas, Millennium, 1999, p. 347.

19 HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Instituto Antônio Houais de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 657.

20 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Vol. I. p. 76.

interessado, corresponde a subordinação de um interesse obtido por meio de um vínculo da vontade de seu titular. Assim sendo, frente à noção da obrigação encontra-se a do Direito subjetivo que é, exatamente, um poder atribuído à vontade de uma pessoa para o prevalecimento do seu interesse.

O Mestre deixa claro que mesmo na sanção, a obrigação existe como mandamento jurídico, mas condicionada à vontade do seu titular, prevalecendo no direito subjetivo o interesse dependente da vontade. E adiante ele enfatiza que:²¹ “*é necessário, em vista das reflexões feitas, entender por Direito subjetivo o interesse cuja tutela depende, não apenas em parte, como totalmente, da vontade do interessado*”.

A esta liberdade o Direito impõe limites onde a doutrina de Carnelutti torna claro que:²²

O Direito limita a liberdade, mas não a suprime, exatamente porque ao limitá-la, e enquanto a limita, a garante. Fora do Direito, o homem tem uma liberdade ilimitada, mas apenas a pode desfrutar enquanto seja capaz de defendê-la da invasão alheia; dentro do Direito, a área de sua liberdade diminui, mas em compensação, a que lhe resta lhe vem custodiada.

E, após esta assertiva complementa:²³ “A possibilidade de realização no campo da liberdade se chama *faculdade*. Neste sentido, *faculdade é a antítese manifesta de obrigação* [grifo nosso], visto que ao tratar de faculdade, a parte tem liberdade para agir como lhe convier, mas quando se tratar de obrigação só faz como deve”. Portanto: “... o Direito subjetivo é, exatamente, um interesse protegido por meio de uma faculdade”.

Torna-se necessário, para uma compreensão distintiva dos conceitos de obrigação e faculdade, a abordagem de Carnelutti, para que se perceba a diferença entre uma e outra, com os conseqüentes entre “dever” e “ônus”, como elementos do direito subjetivo das partes no Processo Civil. Neste sentido é de lapidar clareza o que afirma Carnelutti:²⁴

Falo de ônus, quando o exercício de uma faculdade aparece como condição para obter determinada vantagem; por isso o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse. Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade; mas diferem no elemento substancial, porque quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se tratar do ônus.

A preclusão como instituto caracterizado por Chiovenda, no sentido de perda e ônus, não tem sido adotado pela maioria das decisões dos tribunais, que continuam considerando a preclusão como pena. Para Cristina Ferraz:²⁵ “Apesar de sugestivo, *preclusão* não significa penalidade ou sanção. A preclusão decorre de *ônus*, não de *obrigação*”. Portanto, em sua grande maioria, os atos pertinentes às partes no processo consistem em ônus, decorrente da *faculdade* que às mesmas assiste na produção desses atos processuais, conforme o procedimento ao qual estejam submetidas, podendo gerar conseqüências desvantajosas à parte, mas não *violação* ao direito.

Nesta perspectiva Carnelutti já afirmava que:²⁶

...a ordem jurídica tem necessidade de que a parte faça atuar o processo para composição do litígio. [...] Mas fazer do poder da parte um dever estaria realmente em conflito com a razão de sua intervenção que é, como vimos, um interesse no litígio”.

E adiante ele continua:

Além disso, a dificuldade da comprovação acerca de cumprimento da obrigação seria tal que converteria em conflito absurdo um ordenamento do processo fundado sob um dever e não sob um

21 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Vol. I p. 77.

22 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Vol. I, p. 117.

23 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Vol. I, p. 117.

24 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Vol. I, p. 119.

25 FERRAZ, Cristina. Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 49.

26 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Vol. II, p.116.

direito de ação da parte. A harmonia e o equilíbrio do processo civil repousam exatamente sobre a antítese do poder direito da parte e do poder dever do juiz (*Sic*).²⁷

Os conceitos de direito e dever são como já se percebe, conceitos antagônicos, contrários, antitéticos, não podendo ser confundidos numa mesma relação jurídica, quando a atividade prática da parte resume-se à faculdade de exercer o seu direito e não obrigação, ela sofrerá o ônus se não praticar o ato que lhe é facultado e não sanção.

Carnelutti identifica a atividade da parte no Processo Civil, quanto ao direito de ação, esclarecendo que:

À parte não se lhe coloca, por exemplo, na opção de escolher entre o exercício da ação e de uma pena, mas tem sempre uma escolha que fazer: ou provocar o processo ou resignar-se a perder a tutela de seu interesse. Esta apreciação econômica, que precede sempre a um exercício da ação, constitui o segredo do seu dinamismo. Em virtude dessa apreciação econômica, o poder da parte se converte em ônus: a parte tende a valer-se de seu poder, se quiser que se lhe proporcione uma determinada utilidade.²⁸

De igual forma, pode-se pensar que na preclusão a faculdade se converte em ônus e não em sanção, ficando claro que o ato a ser praticado pela parte, segundo a doutrina de Carnelutti, fica adstrito à sua vontade, como consequência do direito de ação.

4. Preclusão, como sanção decorrente da prática de um ato ilícito

A noção de preclusão decorrente da prática de um ato ilícito vem sendo defendida pelo o jurista Fredie Didier Jr., afirmando que:²⁹

A classificação, conforme apontado por Chiovenda, é feita com base no *fato gerador* (fato jurídico) da preclusão (perda do prazo, ato incompatível e exercício do poder). A preclusão nesta classificação, é efeito jurídico que decorreria sempre da prática de atos *lícitos* ou em razão de um ato-fato lícito. Exatamente por causa disso, a doutrina costuma relacionar a preclusão ao ônus processual e repelir a identificação do instituto com a *sanção* (consequência da prática de ato ilícito).

Segundo o autor:³⁰ “Sucedo que é possível cogitar de *preclusão* decorrente da prática de um *ato ilícito*”. A partir deste raciocínio o autor considera: “c) *Ato ilícito caducificante*, ato contrário ao direito, que conduz à perda de um poder/faculdade processual”. Através do argumento dado ele conclui que: “Há, então, *quatro* espécies de *preclusão*, classificadas de acordo com o respectivo fato jurídico: *temporal, consumativa, lógica e punitiva*”.

O autor dentro dessa perspectiva reforça:³¹ “Conforme foi advertido, é possível que a preclusão decorra da prática de um ato ilícito. Neste caso, a preclusão terá natureza jurídica de *sanção*.” (...) O ponto de partida do autor, como já mencionado, não seria de *ato lícito*, o que leva a uma concepção de obrigação e faculdade decorrente de *ato lícito e ilícito*, que são conceitos antitéticos, considerados na mesma relação jurídica.

Fredie Didier cita: ³²“Há alguns exemplos no direito positivo, em que se vislumbra a perda de um poder processual (preclusão), como sanção decorrente da prática de um ato *ilícito*”:

a) Perda da situação jurídica de inventariante, em razão da ocorrência dos ilícitos apontados no art. 995 do CPC;

No exemplo dado, as obrigações do inventariante abrangem os dispositivos do art. 991 a 994 e mesmo considerando ilícitos, segundo Theotonio Negrão, em nota ao art. 995 afirma que: “não é exaustiva a enumeração do art. 995 do CPC, nada impedindo que outras causas que denotem deslealdade, improbidade, ou outros vícios, sejam válidas para a remoção do inventariante” (RTJ 94/738 e RP 25/318). No mesmo sentido JTJ

27 CARNELUTTI, Francisco. Sistema de direito processual civil. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. – 2ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. Vol. II, p.11

28 CARNELUTTI, Francisco. Id. Ib.

29 DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador. Vol. I. 11ª Ed. Editora JusPODIVM, 2009.p. 280

30 DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador. Vol. I. 11ª Ed. Editora JusPODIVM, 2009.p. 281

31 DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador. Vol. I. 11ª Ed. Editora JusPODIVM, 2009. p. 284

32 DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador. Vol. I. 11ª Ed. Editora JusPODIVM, 2009.p. 284

192/205”³³ Ora, não se pode analisar o artigo citado sem considerar todos os compromissos assumidos pelo inventariante, visto na ótica de Theotônio Negrão como vícios que podem motivar a remoção do mesmo. O art. 996 afirma que: *requerida a remoção o inventariante tem prazo para se defender e que só após a defesa o juiz decidirá segundo o que dispõe o art. 997.*

A configuração de *preclusão por ato ilícito* como exemplificada pelo autor, não leva em conta a natureza jurídica da preclusão. Sobre obrigação Eduardo Couture assim se pronuncia: ³⁴

Quando se diz que a obrigação é um vínculo imposto à vontade, põe-se em relevo a circunstância de que existe uma liberdade jurídica de cumprir ou deixar de cumprir a obrigação. Entretanto, é evidente que a atitude de não cumprimento da obrigação traduz-se em conseqüências prejudiciais. (...) Todo indivíduo é livre para agir ou não agir, assumindo as conseqüências dos seus próprios atos. (...) Em direito processual, não existe outra imperatividade coativa, afora a de fazer recair sobre os indivíduos as conseqüências gravosas de suas ações ou omissões.

Fica evidente que o exemplo colacionado não indica de forma peremptória a tese de uma preclusão por ato ilícito. Além do mais, constitui-se em contradição afirmar que a preclusão decorre ao mesmo tempo de uma faculdade e uma obrigação, visto que o autor não deixa claro, como suporte fático, se decorre de uma sanção ou um ônus processual.

b) a confissão ficta, decorrente do não-comparecimento ao depoimento pessoal (art.343, § 2º, CPC), que é considerado um dever da parte feita, como decorrência de um ilícito (descumprimento de um dever processual);

O dispositivo fala em pena de confissão, que é efeito da perda do exercício de defesa, no caso, que continua sendo uma faculdade da parte, porque contida no seu direito subjetivo. Pontes de Miranda,³⁵ em seus comentários afirma que no caso da confissão ficta:

...a presunção é a de serem verdadeiros os fatos alegados contra o *confitente*. Mas a ficção, a presunção, a cominação, não vai além da realidade, de modo que, havendo prova contrária no processo, o seu valor se reduz. (...) A confissão *ficta* somente gera presunção *iuris tantum*: assim, tal presunção, por ser relativa, cede à prova documental contrária,...

Chiovenda ao tratar da confissão ficta, no item que fala da *ficta confessio* e demais conseqüências da falta de defesa, afirma que:³⁶ alguns tem visto na *ficta confessio* a sanção do pretendido dever de *contestar*. Porém se historicamente esta norma surgiu como medida coativa (*poena confessi*), tem mudado hoje absolutamente de significado, podendo ser explicado desta maneira:

“El Estado tiende a la definición de los litigios por el médio más rápido y com el menor gasto posible de actividad procesal. Esto no puede impedirle garantizar a las partes la máxima libertad de defensa; pero cuando la parte, voluntariamente (esto es, no forzada por impedimento legítimo), no hace uso de su derecho de defensa, el Estado prefiere que los hechos alegados por el contrario se tengan sin más por admitidos sin afrontar la serie de actuaciones necesaria para su prueba. Pero ello no lo hace ni para castigar al contumaz ni par obligarle a comparecer o a contestar, sino con el solo objeto de librarse del modo más expedito, a si mismo y a la sociedad, de la litis pendiente.

Considerando a lição de Chiovenda, mesmo neste caso, a parte é convocada a comparecer não por um dever, mas como uma faculdade de seu direito de defesa. Portanto, não é coerente o exemplo para caracterizar a preclusão como sanção, bem como, o não comparecimento da parte, já está consignado no dispositivo como *pena de confissão*, o que caracteriza a perda de uma oportunidade de defesa.

c) o excesso de prazo não-justificado autoriza a perda da competência do magistrado para processar e julgar

33 NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 35ª Ed. atual. até 13 de janeiro de 2003. São Paulo. Editora Saraiva, 2003, págs. 997-998.

34 COUTURE, Eduardo J. Fundamentos do Direito Processual Civil. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. P. 87:

35 [MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil (Art. 343). Tomo IV, 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1996, p. 309.

36 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, 1940. Vol. III; p – 80-81

a causa (art. 198 do CPC).

O autor concebe que a “perda da competência do magistrado para processar e julgar a causa é uma preclusão que decorre da prática de um ato ilícito”? Considera-se um equívoco, dada a natureza jurídica da preclusão como efeito, conseqüência ou perda de uma oportunidade processual, principalmente para a parte que tem interesse na prática do ato, que arcará com o *onus* se não o praticar. O juiz tem o poder dever na direção do processo, não poderá ser equiparado aos interesses que movem as partes.

Heitor Vitor nos faz o seguinte alerta:

É preciso, no entanto evitar o exagero: dizer simplesmente que a preclusão atinge não só as faculdades das partes, mas também os poderes do juiz, como se tudo fosse apenas um fenômeno, implica ignorar completamente as diferenças existentes entre as posições jurídicas assumidas por este, em comparação às posições ocupadas por aquelas. Com essa corrente afirmação, passa-se à falsa impressão de que o juiz atuaria no processo também em busca de interesses próprios, sob a carga de ônus, o que evidentemente é uma falácia inescusável³⁷

d) constatada a prática de atentado (ilícito processual), perde-se o direito de falar nos autos, até a purgação dos efeitos do ilícito (art. 881 do CPC).

O autor cria com este exemplo uma nova modalidade de preclusão: “preclusão provisória”, visto que ela terá o efeito preclusivo *até a purgação dos efeitos do ilícito*. Admitir esta hipótese seria considerar o instituto da preclusão como uma contradição processual, uma antinomia positivada ou não. Isto porque, para comprovar sua tese o autor lança mão de exemplos que negam o instituto da preclusão.

Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros, afirmam que:³⁸

O instituto da *preclusão* liga-se ao princípio do impulso processual. Objetivamente entendida, a preclusão consiste em um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar ao seu recuo para as fases anteriores do procedimento. Subjetivamente, a preclusão representa a *perda de uma faculdade ou de um poder ou direito processual*; as causas dessa perda correspondem às diversas espécies de preclusão.

Adiante os autores tornam claro a questão levantada por Fredie Didier:

A preclusão não é *sanção*. Não provém de ilícito, mas de incompatibilidade do poder, faculdade ou direito com o desenvolvimento do processo, ou da consumação de um interesse. Seus efeitos confinam-se à relação processual e exaurem-se no processo.

5. Conclusões

Na conclusão do presente artigo, consolida-se o fenômeno da preclusão como conseqüência, efeito e resultado da prática ou não de certos atos processuais. São essenciais para a marcha do processo, a que estão submetidos às partes e órgão do Poder Judiciário, na solução da lide posta, para entrega do direito substancial pretendido, com a efetiva prestação da tutela jurisdicional.

A exposição doutrinária empreendida pretendeu esclarecer através das citações daqueles que sistematizaram o fenômeno da preclusão, no âmbito do Direito Processual Civil, como instituto principiológico, de maneira que se constitui também em uma técnica no ordenamento do processo. O professor Fredie Didier Jr. afirma:³⁹ “A preclusão é instituto fundamental para o bom desenvolvimento do processo, sendo uma das principais técnicas para a estruturação do procedimento e, pois, para a delimitação das regras que compõem o formalismo processual”.

Conceituar a preclusão na realidade torna-se uma tarefa árdua, apesar das inúmeras afirmações doutrinárias da preclusão como princípio, instituto e técnica. Aceitas as categorias definidas por Chiovenda: em

37 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão Processual Civil. São Paulo. Atlas, 2006, p. 107-108.

38 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra. GRINVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19ed. Rev. e Atual. São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 328.

39 DIDIER Jr, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador. Vol. 1. 11ª Ed. Editora JusPODIVM, 2009. p. 279.

temporal, lógica e consumativa, torna-se evidente que as formas apontam para um tipo de efeito produzido no processo, que atinge a parte que deveria praticar o ato de seu interesse processual, bem como, o órgão judicial, na limitação de seu poder-dever na condução do processo.

Pontes de Miranda⁴⁰ ao fazer referência à nulidade contida no art. 245 do CPC, afirma que a falta de arguição da mesma produz a preclusão do direito. O que vem reafirmar a posição de Chiovenda ao assinalar que na perda de uma faculdade há na realidade a perda de um direito. Carnelutti, como já referenciado, considera este direito subjetivo, contrário à noção de obrigação, visto que, conta com o interesse da parte, caracterizando a preclusão como consequência e ônus e não uma obrigação que implique em um ilícito. O ato não exercido pela parte, lembrando que para Carnelutti, a *faculdade é a antítese manifesta de obrigação*.

Portanto, reafirma-se a posição de Chiovenda da preclusão como, a perda, extinção ou caducidade de uma faculdade processual. É na realidade um fenômeno da prática processual a que indiferentemente de sua positivação como regra, todo processo há que admiti-la como princípio norteador da atividade das partes e do órgão judicial.

Isso posto, não se pode admitir a preclusão como pena e muito menos como sanção, mas levando em consideração a assertiva de Antônio do Passo Cabral:⁴¹ “*a irreversibilidade tendencial dos atos do processo faz com que a preclusão seja uma consequência principiológica, natural ao procedimento.*” Desse modo, é importante não se deixar levar pela onda renovatória que propaga-se na doutrina, gerando verdadeira insegurança jurídica a atividade processual, com consequências nocivas a entrega efetiva da tutela jurisdicional.

6. Referências bibliográficas

- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. **Da Preclusão Processual Civil**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- CARMONA, Carlos Alberto, coordenador do livro de Heitor Vitor Mendonça Sica, **Preclusão Processual Civil**. São Paulo, Editora Atlas, 2006, apresentação de contracapa.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Trad. E. Gómez Orbaneja. Madri. Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador. Vol. I. 11ª Ed. Editora JusPODIVM, 2009.p. 280
- FERRAZ, Cristina. **Prazos no processo de conhecimento: preclusão, prescrição, decadência, perempção, coisa julgada material e formal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001
- HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. V.II. Campinas, Millennium, 1999
- MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil (Art. 343)**. Tomo IV, 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1996
- NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA. José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 35ª Ed. atual. até 13 de janeiro de 2003. São Paulo. Editora Saraiva, 2003,
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003
- ROCHA, José de Moura. **Da preclusão e da atividade processual das partes**. Recife. Dissertação para cátedra de Prática do Processo Civil e Comercial da Universidade do Recife, 1959
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão Processual Civil**. São Paulo. Atlas, 2006.

40 MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil (Art. 245)**. Tomo III, 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 1996, p. 37

41 CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no processo moderno, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. Rio de Janeiro. Forense, 2009. P. 261.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL EM UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Cristiano Carrilho

Advogado. Mestre em Direito/UFPE. Gestor de Educação Ambiental e Agenda 21 da Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Sustentabilidade/Semas-PE. Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Uninassau, Fafire, Faculdade Joaquin Nabuco e Faculdade Metropolitana. Coordenador de Direito Ambiental da ESA/OAB-PE. Email: c_carrilho@hotmail.com

1. Considerações iniciais: A importância das unidades de conservação em pernambuco

No campo do Direito Ambiental, é necessário conhecer os instrumentos que tem por objetivo avaliar os impactos ambientais decorrentes da instalação de um empreendimento e que estabelecem programas para monitoramento e mitigação desses impactos.

Aquele que pretende militar na advocacia ambiental, deve necessariamente consultar a respectiva legislação estadual, as Resoluções do CONAMA – Conselho Nacional de Meio Ambiente e até mesmo do CONSEMA – Conselho Estadual de Meio Ambiente, disponíveis nas bases de dados do Ministério do Meio Ambiente e da Agência Estadual de Meio Ambiente – CPRH, a partir do site www.cprh.pe.gov.br.

Em Pernambuco, o Art. 2º, II da Lei Estadual n. 13.787, de 08 de junho de 2009, instituiu o Sistema Estadual de Unidades de Conservação da Natureza – SEUC, definindo o termo “Desenvolvimento Sustentável” como “aquele desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações, não esgotando os recursos naturais para o futuro”.

Por meio do Programa de Implantação das Unidades de Conservação do Estado de Pernambuco, pretende-se apoiar administrativa e tecnicamente as ações executadas pela Agência Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (CPRH).

De forma pioneira, foram previstas a criação das cinco primeiras unidades de preservação no Bioma da Caatinga e a sistematização das intervenções do Poder Público nas 66 unidades da Mata Atlântica já reconhecidas em Pernambuco. Os novos espaços de preservação da Caatinga ficam em Carnaíba (Serra da Matinha), Afrânio, Parnamirim, São Caetano (Pedra do Cachorro) e Serra Talhada (Fazenda Saco).

Já o Bioma da Mata Atlântica possui 66 áreas de conservação estaduais divididas em 35 unidades sustentáveis como a Área de Proteção Ambiental (APA) Aldeia-Beberibe, que compreende oito municípios metropolitanos, e outras 31 unidades de proteção integral, a exemplo do Parque Estadual Horto de Dois Irmãos, no Recife, e a Estação Ecológica de Caetés, em Paulista.

A legislação de Pernambuco prevê também a criação de um Conselho Gestor responsável por gerir e monitorar a implantação das novas unidades. Caberá ao Comitê Executivo de Gestão de Unidades Ambientais fazer o diagnóstico e mapear as áreas que irão receber as instalações. Também será atribuição desse Comitê elaborar um plano de manejo (documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade, que identifica as diferentes realidades e atividades permitidas para cada área de proteção - como visitas turísticas e fins científicos e de pesquisas).

Sem nenhuma área de conservação em Pernambuco, a Caatinga é o único bioma exclusivamente brasileiro e está praticamente todo concentrado nos nove estados do Nordeste ocupando uma área de cerca de 850.000 km², o que representa cerca de 10% do território nacional. Em Pernambuco, a partir da criação da Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Sustentabilidade no ano de 2011, por meio de um grupo de trabalho formado por representantes da citada secretaria e parceiros da sociedade civil organizada, aponta-se pelo

menos 13 áreas potenciais de preservação deste bioma.

Diante dos desafios gerados pelo desenvolvimento sustentável em Pernambuco, a pretensão modestamente confessada do presente artigo é apresentar de forma resumida alguns aspectos da questão da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), chamado de Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EIA/RIMA) a luz da Resolução n. 428, de 17 de dezembro de 2010, que estabelece normas - no âmbito do Licenciamento Ambiental - sobre a autorização do órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação (UC), de que trata o § 3º do artigo 36 da Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000.

O presente artigo, com embasamento teórico nas Resoluções do CONSEMA, dentre outras contribuições, faz um breve resumo do contexto ambiental no âmbito de fontes de legislação federal e local, decifrando alguns termos técnicos empregados em operações comuns em matéria de Licenciamento Ambiental e das Unidades de Conservação.

2. Unidades de conservação (UC) e zonas de amortecimento (ZA)

A partir de 2011, com a criação da Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Sustentabilidade, o Estado de Pernambuco pretende efetivar uma política pública de Estado que vai possibilitar a criação e a implementação de novas unidades de conservação ambiental. Por meio de um decreto do governador Eduardo Campos, foi instituído o Comitê Executivo de Gestão de Unidades Ambientais para ajudar neste fim.

Unidades de Conservação são áreas protegidas pela lei e possuem um importante papel na preservação do Meio Ambiente, abrigando uma grande variedade de espécies vegetais e animais raras, além de contribuir para a restauração da diversidade ecológica e o equilíbrio dos nossos ecossistemas.

Quando uma Unidade de Conservação é criada, serve para conservar ou recuperar o Meio Ambiente dentro dos desafios do Desenvolvimento Econômico. Serve principalmente para definir como as pessoas irão ocupar uma determinada área e como seus recursos naturais (solo, água e vegetação) serão utilizados de forma equilibrada.

No entendimento de Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira e Priscila Mari Pascuchi (2013), a preocupação quanto ao entorno das áreas protegidas é um fator que deriva da natureza interdependente do meio ambiente, onde a simples afetação de um único de seus elementos (ar, solo, água, fauna, flora dentre outros), seja ela de origem ecológica, como o “efeito borda”, ou decorrentes de intervenções humanas, representa a quebra de todo o equilíbrio ecológico que rege o funcionamento dos ecossistemas.

Em relação aos procedimentos de Licenciamento Ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental que afetem as Unidades de Conservação (UC) específicas ou suas Zonas de Amortecimento (ZA), aplica-se o disposto na Resolução do CONAMA n. 428, de 17 de dezembro de 2010.

As Zonas de Amortecimento previstas na Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (art. 2º, XVIII), aplicadas ao entorno da área protegida, e os Corredores Ecológicos (art 2º, XIX), destinados a garantir a conectividade entre os ecossistemas, procuram conferir mecanismos adicionais de proteção, aptos a oferecer uma adequada sustentação da unidade de conservação, permitindo a manutenção dos processos ecológicos, do fluxo de espécies e genes, além de proteger a área dos efeitos negativos das intervenções humanas.

Lembramos que os chamados Corredores Ecológicos são porções de ecossistemas naturais ou seminaturais, ligando unidades de conservação, que possibilitam entre elas o fluxo de genes e o movimento da biota, facilitando a dispersão de espécies e a recolonização de áreas degradadas, bem como a manutenção de populações que demandam para sua sobrevivência áreas com extensão maior do que aquela das unidades individuais.

3. Licença ambiental em unidades de conservação afetadas por empreendimentos

Licença Ambiental é ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Compete ao órgão ambiental estadual ou do Distrito Federal o licenciamento ambiental dos empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos em mais de um Município ou em unidades de conser-

vação de domínio estadual ou do Distrito Federal.

O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

a) Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

b) Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante.

c) Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

O Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), estabelecimento que tem como grande responsabilidade, verificar os padrões de qualidade ambiental do Brasil definirá, quando necessário, licenças ambientais específicas. Esse estabelecimento tem como objetivo controlar as substâncias que prejudicam a saúde dos seres humanos, como por exemplo, micro-organismos patogênicos, substâncias tóxicas e radioativas.

Existem Diversos Programas de Qualidade Ambiental, como, por exemplo: controle da qualidade do ar (esse programa tem como objetivo o levantamento e a dispersão de material particulado, em função, que na grande maioria ocorre pela movimentação de caminhões na fase de construção do empreendimento que pode comprometer a qualidade do ar), controle de emissão de efluentes (esse programa gerencia e visa garantir o controle de efluentes que são lançados no corpo d'água, na qual monitoram em atendimento aos padrões de qualidade estabelecidos pela legislação) e o controle da qualidade das águas superficiais e subterrâneas (esse programa busca manter a qualidade da água dentro dos padrões de qualidade que são feitos através de campanhas trimestrais de amostragem).

O licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental que possam afetar Unidade de Conservação (UC) específica ou sua Zona de Amortecimento (ZA), assim considerados pelo órgão ambiental licenciador, com fundamento em Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), só poderá ser concedido após autorização do órgão responsável pela administração da UC ou, no caso das Reservas Particulares de Patrimônio Natural (RPPN), pelo órgão responsável pela sua criação.

Entende-se por órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação, os órgãos executores do Sistema Nacional de Unidade de Conservação (SNUC), conforme definido no inciso III, art. 6º da Lei nº 9.985 de 18 de julho de 2000.

A autorização de que trata a Resolução n. 428 do CONAMA deverá ser solicitada pelo órgão ambiental licenciador, antes da emissão da primeira licença prevista, ao órgão responsável pela administração da UC que se manifestará conclusivamente após avaliação dos estudos ambientais exigidos dentro do procedimento de licenciamento ambiental, no prazo de até 60 dias, a partir do recebimento da solicitação.

O órgão ambiental licenciador deve (antes de emitir os termos de referência, do EIA/RIMA) consultar formalmente o órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação quanto à necessidade e ao conteúdo exigido de estudos específicos relativos a impactos do empreendimento na Unidade de Conservação e na respectiva Zona de Amortecimento, o qual se manifestará no prazo máximo de 15 dias úteis, contados do recebimento da consulta.

Os estudos específicos a serem solicitados deverão ser limitados à avaliação dos impactos do empreendimento na Unidade de Conservação ou Zona de Amortecimento e aos objetivos de sua criação. O órgão responsável pela administração da UC facilitará o acesso às informações pelo interessado. Na existência de Plano de Manejo da UC, devidamente publicado, este deverá ser observado para orientar a avaliação dos impactos na UC específica ou sua Zona de Amortecimento. Na hipótese de inobservância do prazo previsto no caput, o órgão responsável pela administração da UC deverá encaminhar, ao órgão licenciador e ao órgão central do SNUC, a justificativa para o descumprimento.

O órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação decidirá, de forma motivada pela autorização ou por novos estudos complementares - desde que previstos no termo de referência pela incompatibilidade da alternativa apresentada para o empreendimento com a UC- ou mesmo pelo indeferimento da solicitação.

A autorização integra o processo de licenciamento ambiental e especificará, caso necessário, as con-

dições técnicas que deverão ser consideradas nas licenças. Os estudos complementares deverão ter todo seu escopo definido uma única vez, sendo vedada, após essa oportunidade, a solicitação de novas demandas, salvo quando decorrerem das complementações solicitadas.

A não apresentação dos estudos complementares específicos, no prazo acordado com o empreendedor para resposta, desde que não justificada, ensejará o arquivamento da solicitação de autorização.

A contagem do prazo para manifestação do órgão responsável pela administração da Unidade de Conservação será interrompida durante a elaboração dos estudos complementares específicos ou preparação de esclarecimentos, sendo retomada, acrescido de mais 30 dias, em relação ao prazo original, se necessário.

Em caso de indeferimento da autorização, o empreendedor será comunicado pelo órgão ambiental licenciador e poderá requerer a revisão da decisão. Nos termos da resolução, poderão ser apresentadas, pelo empreendedor, alternativas ao projeto em análise que busquem compatibilizar o empreendimento com a UC e sua ZA.

Caso o empreendimento de significativo impacto ambiental afete duas ou mais UCs de domínios distintos, caberá ao órgão licenciador consolidar as manifestações dos órgãos responsáveis pela administração das respectivas UCs.

Em se tratando de processos de licenciamento ambiental de empreendimentos não sujeitos a EIA/RIMA o órgão ambiental licenciador deverá dar ciência ao órgão responsável pela administração da UC, quando o empreendimento puder causar impacto direto em UC, estiver localizado na sua ZA, estiver localizado no limite de até 2 mil metros da UC, cuja ZA não tenha sido estabelecida no prazo de até 5 anos a partir data da publicação da Resolução supracitada.

Finalmente, no aspecto do acesso à informação, os órgãos licenciadores deverão disponibilizar na internet as informações sobre os processos de licenciamento em curso.

Lembramos a título ilustrativo que, quando se tratar de procedimentos de licenciamento ambiental de novos empreendimentos destinados à construção de habitações de interesse social, com pequeno potencial de impacto ambiental, em área urbana (ou de expansão urbana), nos termos da legislação em vigor, são realizados de modo simplificado, de acordo com os critérios e diretrizes definidos na Resolução do CONAMA n. 412, de 13 de maio de 2009 e legislação relacionada.

4. A avaliação de impacto ambiental

Quando pensamos em progresso, logo pensamos em aquecimento global, desmatamento, desequilíbrio ecológico, poluição e outras palavras bem conhecidas. São impactos ambientais negativos que estão acontecendo diariamente no mundo inteiro.

A avaliação de impactos ambientais é um dos mais importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981), e dela resultam o Estudo e o Relatório de Impacto Ambiental, documentos essenciais para a instalação e operação de empreendimentos que gerem impactos ambientais.

O CONAMA define impacto ambiental como “qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; a qualidade dos recursos ambientais”.

Na lição de Paulo de Bessa Antunes (2012, p. 79), impacto ambiental é uma modificação súbita do meio ambiente, seja ela natural ou artificial. Assim, para o Direito Ambiental interessam as alterações produzidas pelo homem sendo os impactos ambientais negativos aqueles que têm maior relevância para o Direito, pois acarretam a degradação ambiental.

Entende-se por Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) o procedimento de exame das repercussões de determinados empreendimentos e atividades sobre o meio ambiente. Assim, não se confundiria a finalidade da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), por exemplo, com Relatório de Viabilidade Ambiental (RVA) e com o Estudo de Impacto Ambiental (EIA).

A Resolução do CONAMA nº 387 de 2006, define o Relatório de Viabilidade Ambiental (RVA) como “o conjunto de dados e informações apresentadas ao órgão ambiental competente para subsidiar a análise da viabilidade ambiental no pedido da licença prévia de um Projeto de Assentamentos de Reforma Agrária, contendo a caracterização do imóvel destinado para sua implantação e da sua área de influência adjacente, com seu conteúdo estabelecido no Anexo II da Resolução do Conama nº 387 de 2006”. Portanto, são dos

instrumentos diferentes.

Com apoio em Baribieri (2007), temos que a AIA é apenas um componente do estudo. Ela corresponde à etapa em que os impactos são identificados e mensurados. O EIA, por sua vez, não fica restrito à avaliação; ele abrange também o estudo de tecnologias alternativas e outras medidas para controle e prevenção dos efeitos negativos sobre o meio ambiente. De utilização menos abrangente, o RVA traz informações para análise da viabilidade de licenças prévias em Projetos de Assentamentos de Reforma Agrária.

A avaliação de impacto ambiental na fase de operação e encerramento do empreendimento se realiza por meio de Auditoria Ambiental e Monitoramento.

Para Denise Curi (2011, p. 170), sem dúvidas o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) é um dos instrumentos mais importantes de um Sistema de Gestão Ambiental. Além de revelar os efeitos do empreendimento, ele mostra ao gestor que aspectos devem ser aperfeiçoados, o que evita o desgaste da imagem perante a sociedade e as autoridades públicas.

5. O estudo de impacto ambiental (EIA) e o relatório de impacto ambiental (RIMA)

A obrigação da elaboração de um estudo de Avaliação de Impacto Ambiental (AIA), na forma de um EIA/RIMA, é imposta apenas para algumas atividades com potencial altamente poluidor, pelos órgãos licenciadores competentes (estadual, municipal e o IBAMA) e pela legislação pertinente como a Resolução CONAMA n. 001 de 1986, no âmbito do processo de licenciamento ambiental.

O EIA é uma etapa abrangente e o RIMA funciona com a conclusão do EIA. A redação do RIMA deve ser acessível e objetiva (CURI, 2011, p. 177). A clareza da redação do RIMA se justifica para consagrar o princípio da publicidade.

Dependerá de elaboração de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo Relatório De Impacto Ambiental (RIMA), a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; ferrovias; portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; aeroportos; oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV; obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos (barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques); extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão); extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração; aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW; complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos); distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI; exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental; projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes; qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia.

Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo RIMA, a ser submetidos à aprovação do IBAMA, o licenciamento de atividades que, por lei, seja de competência federal.

O RIMA - Relatório de Impacto Ambiental - é o relatório que reflete todas as conclusões apresentadas no EIA. Deve ser elaborado de forma objetiva e possível de se compreender, ilustrado por mapas, quadros, gráficos, enfim, por todos os recursos de comunicação visual. Deve também respeitar o sigilo industrial (se este for solicitado) e pode ser acessível ao público. Para isso, deve constar no relatório os objetivos e justificativas do projeto e sua relação com políticas setoriais e planos governamentais; a descrição e alternativas tecnológicas do projeto (matéria prima, fontes de energia, resíduos etc.); a - síntese dos diagnósticos ambientais da área de influência do projeto; a descrição dos prováveis impactos ambientais da implantação da atividade e dos métodos, técnicas e critérios usados para sua identificação; a caracterização da futura qualidade ambiental da área, comparando as diferentes situações da implementação do projeto, bem como a possibilidade da não realização do mesmo; a descrição do efeito esperado das medidas mitigadoras em relação

aos impactos negativos e o grau de alteração esperado; o programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos e a conclusão e comentários gerais.

O EIA/RIMA é feito por uma equipe multidisciplinar, pois deve considerar o impacto da atividade sobre os diversos meios ambientais: natureza, patrimônio cultural e histórico, o meio ambiente do trabalho e o antrópico.

O EIA/RIMA cumpre o princípio da publicidade, pois permite a participação pública na aprovação de um processo de licenciamento ambiental que contenha este tipo de estudo, através de audiências públicas com a comunidade que será afetada pela instalação do projeto.”

O inciso III do art. 1º da Resolução 237/1997 do CONAMA traz os componentes indispensáveis de um EIA: o relatório ambiental, o plano e o projeto de controle ambiental, o relatório ambiental preliminar, o diagnóstico ambiental, o plano de manejo, o plano de recuperação de área degradada e a análise preliminar de risco.

Denise Curi (2011, p. 175) lembra que, além dos componentes da Resolução n. 237 do Conama, o EIA precisa estar em sintonia com os princípios e objetivos da Lei 6.938 de 1981 que estabelece a Política Nacional de Meio Ambiente.

Para alcançar os objetivos propostos pela Lei 6.938, a Política Nacional de Meio Ambiente - PNMA dispõe de instrumentos que possibilitam efetivar a cidadania na esfera administrativa.

6. Participação política da sociedade quanto ao EIA/RIMA

A participação política da sociedade quanto ao EIA/RIMA é prevista, em duas oportunidades: a primeira, de forma escrita, corresponde a fase de comentários (art. 11 da Res. 1/86), quando o RIMA fica à disposição na biblioteca do órgão licenciador. Essa norma é de pouca eficácia. A prática tem demonstrado que são raras as entidades que se manifestam nos prazos concedidos. A segunda, oral, correspondia, inicialmente, à possibilidade de o órgão ambiental “sempre que julgar necessário” (art. 11, § 1º), promover a realização de Audiência Pública.

Inicialmente, nos termos da Resolução n. 1/1986 do CONAMA, a realização de audiência pública dependia exclusivamente da vontade da Administração. A Resolução n. 9, de 03 de dezembro de 1987 veio retirar o caráter discricionário quanto à realização de audiência pública ao prever, em seu art. 2º, que “sempre que julgar necessário, ou quando for solicitado por entidade civil, Ministério Público, ou por 50 ou mais cidadãos, o órgão do Meio Ambiente promoverá a audiência pública”.

Para Paulo de Bessa Antunes (2012, p. 87), apesar da exigência de audiência pública se dar nos licenciamentos nos quais se exige o EIA, não há vedação legal para que seja exigida em outras circunstâncias. Isso dependerá de uma avaliação a ser feita pelo órgão ambiental, nos casos concretos.

O Ministério Público poderá “solicitar” a realização de audiência pública, caso em que a Administração ficará compelida a realizá-la. Ainda que a expressão “solicitar” não se coadune com os poderes deferidos ao Ministério Público pela Constituição Federal (art. 129, IV) e pela Lei 7.347/85 (art. 8º, § 1º) é certo que se previu a possibilidade de intervenção ministerial no processo de avaliação do EIA/RIMA pelo órgão licenciador, no que tange à audiência pública. Com isso, abre-se uma oportunidade para a participação do Ministério Público no citado processo de decisão, deixando de ser mero espectador, ainda que ativo, dos fatos ocorridos durante a elaboração do EIA/RIMA e do processo de licenciamento, para ser órgão interveniente e fiscal de seu correto desenvolvimento perante a Administração. No § 2º do mesmo artigo, a Resolução dispõe ser inválida a licença concedida, pendente solicitação de audiência pública.

A audiência pública ainda não permite uma eficaz participação do público atingido no processo decisório do EIA/RIMA. Isso porque ela é posterior à entrega do estudo e não vincula a decisão do órgão licenciador. Serve apenas de subsídio à decisão final sobre o EIA/RIMA e oportuniza a indagação do público à equipe multidisciplinar, ao proponente do projeto e ao próprio órgão licenciador ambiental acerca do conteúdo do estudo.

Da forma como hoje está prevista, a audiência pública é de pouca eficácia, pois não vincula na decisão relativa ao licenciamento. A convocação pode ser de ofício, a requerimento do Ministério Público ou a requerimento de 50 cidadãos.

O que a prática vem demonstrando é que o envolvimento do público, no mais das vezes, é “formal, previsível e orientado”, tanto em relação àqueles que pretendem a implantação de um projeto, quanto em relação aos que o rejeitam.

O órgão ambiental não está obrigado a realizar, de ofício, a convocação da audiência pública, porém, está

obrigado a, mediante edital ou anúncio na imprensa local, abrir o prazo de, no mínimo, 45 dias para que os interessados, se assim o desejarem, solicitem-na (ANTUNES, 2012, p. 88). Os custos correm por conta do empreendedor.

7. Considerações finais

As Unidades de Conservação e Zonas de Amortecimento são áreas que merecem proteção jurídica com especial atenção no estado de Pernambuco, que se apresenta atualmente em gradativa evolução de sua legislação ambiental local e na criação dessas novas áreas.

O Poder Público em sua tarefa de licenciamento de empreendimentos que venham a impactar as Unidades de Conservação prevê processamento detalhado por meio de Resolução do CONSEMA e que merece especial atenção dos operadores do Direito.

Conceituamos e diferenciamos alguns dos principais conceitos jurídicos empregados na AIA e nas operações de licenciamento para, ao final, ressaltarmos a forma de participação política da sociedade por meio das audiências públicas quanto ao EIA/RIMA.

Ao final do presente artigo, fica nossa contribuição para familiarizar os operadores do Direito com alguns conceitos de importantes instrumentos de gestão ambiental previstos na Política Nacional do Meio Ambiente, ainda pouco conhecidos do público em geral.

8. Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2012.

BARBIERI, José Carlos. **Gestão Ambiental Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei n. 9.985 DE 18 de julho de 2000**. Disponível a partir de: <www.mma.gov.br>. Acesso em: 18 de jul. de 2013.

BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente: Lei 6.938/1981**. Disponível a partir de: <www.mma.gov.br>. Acesso em: 18 de jul. de 2013.

CURI, Denise. **Gestão Ambiental**. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2011.

FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih; PASCUCHI, Priscila Mari. **Zona de Amortecimento: A proteção ao entorno das unidades de conservação**. Disponível a partir de: <<http://www.ambitojuridico.com.br>> Acesso em: 18 de jul. de 2013.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Resoluções do Conama: Resoluções vigentes publicadas entre setembro de 1984 e janeiro de 2012**. Brasília: MMA, 2012.

PERNAMBUCO. **Lei estadual n. 13.787, de 08 de junho de 2009: Sistema Estadual de Unidades de Conservação da Natureza – SEUC**. Disponível a partir de: <www.cprh.pe.gov.br>. Acesso em: 18 de jul. de 2013.

PLÁGIO E CÓPIA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A METODOLOGIA A FAVOR DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NA CIBERCULTURA

Alexandre Henrique Tavares Saldanha

Pós-Graduado, Mestre e Doutorando em Direito pela UFPE; Professor da AESO-Barros Melo; Professor da ESA/PE; Advogado.

Sumário

1. Introdução; 2. O tratamento legal do plágio: prática e dimensão; 3. Possibilidades de copiar sem recair em plágio; 4. Acesso à propriedade intelectual na cibercultura; 5. Considerações Finais, 6. Referências.

Resumo

É constante e conflituosa a relação entre cópia e plágio, este recebendo uma conotação negativa e pejorativa, e aquela sendo compreendida como um objeto lícito, de uma prática permitida por lei. O problema está em estabelecer contornos entre ambos e diferencia-los mediante instrumentos e práticas previstos para isto. Para aumentar a complexidade da relação entre cópia e plágio, atinge-se um grau de acesso e busca por informações na contemporaneidade que tende a manter a confusão entre os institutos analisados, ainda que a metodologia seja uma solução para a questão.

Palavras-Chave: Plágio; Cópia; Cibercultura.

1. Introdução

Uma questão bastante intrigante no tratamento da propriedade intelectual está na diferença entre plagiar e copiar. Aparentemente a diferença entre ambos institutos está apenas em fazer ou não fazer referência à autêntica autoria de uma determinada obra, porém existem variações e nuances desta discussão que, por aumentarem a riqueza de detalhes da questão, precisam ser analisadas para impedir confusões, ainda que estas sejam quase inevitáveis neste tópico.

Este trabalho nasce de uma indagação virtualmente simples sobre como diferenciar plágio e cópia não somente pelos seus termos legais, mas levando em consideração comportamentos sociais naquilo que costuma-se denominar cibercultura. Isto ainda analisando as permissões legais da cópia que impedem a configuração do plágio, o compartilhamento em rede de bens culturais e as regras que devem ser obedecidas para impedir o aspecto negativo do plágio.

É evidente que a proposta não é esgotar o tema, nem tampouco gerar mais confusões, mas sim buscar em poucas palavras algumas diferenças necessárias entre os institutos em análise, contextualizando na contemporaneidade. Num primeiro momento aborda-se o plágio, delimitando possível conceito ou prática que o configura e estabelecendo suas repercussões. Depois, analisa-se a cópia permitida por lei, aquele agir semelhante ao plagiar, mas que foge da ilegalidade por tratar-se de situação fática permitida. Após isto, ambos os conceitos são discutidos inseridos no contexto da sociedade da informação para chegar ao ponto de identificar se problemas tradicionais são mantidos ou não.

2. O tratamento legal do plágio: prática e dimensão

Antes de qualquer discussão, é necessário ter como parâmetro um possível conceito de plágio. Porém,

ao invés de uma previsão jurídica apresenta-se uma previsão geral. Para o dicionário Houaiss, o verbete plágio consiste na “apresentação feita por alguém, como de sua própria autoria, de trabalho, obra intelectual etc. produzido por outrem” (Dicionário Houaiss, 2009). Em outros termos, o plágio é uma apropriação indevida e ilegal de bem intelectual produzido por outra pessoa.

Sem qualquer tipo de coautoria, uma pessoa apresenta um bem cultural como sendo seu, porém este bem fora produzido por outro alguém, que, a despeito de seus direitos autorais morais, não consta nos créditos da obra apresentada pelo plagiador. Esta apresentação indevida de conteúdo autoral não produzido pela pessoa que o apresenta pode ter uma dimensão ampla, no sentido de uma obra inteira ser apresentada sob falsa autoria, ou pode ter uma dimensão reduzida, na hipótese de reprodução de trechos ou partes de uma obra, sem que sejam dados os verdadeiros créditos de autoria. Em qualquer dimensão a prática está caracterizada, ou seja, obra inteira, grandes trechos ou pequenos, se apresentados sem o devido crédito ao autor, está configurado o plágio.

Existe uma espécie de insuficiente e confusa previsão legal do conceito de plágio. O código penal prevê um único artigo que tutela a proteção à propriedade intelectual, cujo título prevê em linhas gerais que a violação a direitos autorais e aos conexos a este será punida (Art. 184 do Código Penal). Na Lei de Direitos Autorais existe uma curtíssima previsão da violação chamada “contrafação” como sendo qualquer reprodução de obra sem autorização do respectivo autor (Art. 5º, VII da Lei 9.610/98). Além disto, há quem diferencie contrafação de plágio, considerando se houve ou não intuito de lucro, o que, num determinado ponto de vista, é uma diferença pouco relevante, pois não altera o ato em si, devendo repercutir nas consequências, mas não na configuração.

Por mais que não haja um conceito legal direto do que seja plagiar, a questão está em reproduzir obra sem apresentar a real autoria ou sem conhecimento e permissão deste autor. Ainda que seja difícil achar um conceito legal bem definido para plágio, facilmente se identifica qual seu objetivo, ou qual seu objeto de proteção, pois toda e qualquer obra está sob a proteção de direitos autorais. O artigo 7º da lei 9.610/98 prevê em diversos incisos uma série de obras que estão sob a proteção legal, porém faz esta listagem, de certa forma, desnecessariamente, porque em seu caput o dispositivo legal já abre bastante a amplitude de seu objeto tutelado. Este dispositivo legal informa que qualquer criação do espírito expressa por qualquer meio, que exista ou que venha a existir, é obra intelectual protegida pela legislação autoral. Pois bem, usando de raciocínio simples obtém-se então a conclusão de que se não há restrições para a tutela legal das obras intelectuais, também não há restrições da amplitude de condutas que se quer inibir com a punição ao plágio. Fica mais fácil então analisar quais são as situações excepcionais em que se usa obra alheia sem recair em prática ilegal.

Mas antes disto, vale frisar que o plagiar atinge diversas dimensões no que diz respeito a consequências legais. Em outros termos, a pessoa que comete plágio sofrerá consequências de diversas naturezas jurídicas, sejam civis, penais ou administrativas. Como já visto acima, o código penal prevê punição para violações de direitos autorais, o que, por óbvio, inclui o plágio. A Lei de Direitos Autorais, por sua vez, amplia a diversidade de sanções previstas para violações, variando desde suspensões de divulgação e multas, a destruição de material e indenização por perdas e danos. Possibilidades estas exploradas pelos tribunais, o que pode ser verificado por simples pesquisa jurisprudencial, o que não se faz neste trabalho apenas por corte metodológico.

3. Possibilidades de copiar sem recair em plágio

Em diversas hipóteses de plágio, a prática em si reduz-se a copiar. Um músico que toca melodia de outro como sendo sua está copiando o verdadeiro autor. Se na redação de um trabalho é apresentado um trecho não escrito por quem o apresenta, é plágio. Nestas hipóteses, e em diversas outras, a conduta em si é copiar. Então, interessa indagar qual a diferença em falar de cópia e falar de plágio.

Se é possível resumir plágio como sendo uma reprodução não autorizada e fraudulenta de obra alheia, caberia simplificar a cópia como sendo reprodução autorizada, respeitando os devidos créditos de autoria. Em outros termos, plagiar é copiar violando direitos autorais, enquanto que a cópia é a reprodução integral ou parcial de obra, feita sob autorização legal.

A própria legislação de proteção a direitos autorais prevê diversas circunstâncias em que é permitido reproduzir algum bem cultural sem necessidade de autorização do autor. Evidentemente que uma destas situações, ainda que não expressa em dispositivo legal, é a cópia feita sob manifesta autorização do autor.

Seja por contrato ou por qualquer instrumento legal, o autor da obra pode autorizar sua reprodução, o que é feito a toda hora com a confecção de livros, discos etc.

Estão previstas no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais situações em que a reprodução pode ser feita sem que recaia em contrafação ou plágio, como preferir. Com a devida licença, para uma melhor compreensão da discussão, reproduz-se o texto legal:

Art. 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I - a reprodução:

- a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos;
- b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza;
- c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros;
- d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II - a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III - a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV - o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

VI - a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII - a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII - a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Analisar extensivamente uma por uma das situações previstas no dispositivo acima não é a proposta deste trabalho, mas cabe algumas observações. Na hipótese I, por exemplo, a cópia é inevitável. Imagine-se um jornalista tendo como tarefa a de analisar novo livro de determinado autor ou a de cobrir o lançamento do disco novo de determinada banda. Seria bastante não razoável se o veículo de imprensa tivesse de pedir autorização ao autor para apresentar ao público trechos da obra analisada. As palavras proferidas por pesso-

as públicas, como políticos por exemplo, em reuniões ou apresentações públicas tornam-se assim “públicas”, ou seja, podem ser reproduzidas sem que haja a autorização do autor das palavras.

As hipóteses previstas nos incisos II e III são bem frequentes em ambientes acadêmicos e nas práticas científicas em geral. A primeira delas é a cópia de trechos de uma obra para uso privado. Ou seja, aquele estudante que reproduz pedaço do livro que precisa estudar para se preparar aos exames está amparado por lei, contanto que seja para uso próprio e que não haja cópia integral da obra reproduzida. A hipótese do inciso III consiste numa prática não somente comum, mas recomendada e necessária na produção científica. Citar obra alheia para fundamentar ideias e posições, transcrevendo trechos do pensamento de outro autor, é extremamente comum. Esta reprodução de pensamento alheio pode ser literal, reproduzindo palavra por palavra o trecho da obra a que se faz referência, ou pode ser feita em via indireta, reproduzindo com outras palavras ideias e pensamentos de outra pessoa. Em qualquer das hipóteses não há violação da proteção legal dada à propriedade intelectual.

Fora das hipóteses previstas no artigo 46 acima citado, é possível reproduzir obra alheia sem necessidade de autorização, e sem violação legal, caso a obra já tenha recaído no chamado domínio público. A lógica por trás desta expressão é a seguinte: durante um determinado tempo a propriedade intelectual fica restrita ao seu autor, e posteriormente aos seus descendentes, para exploração, controle, manejo privado etc. Ultrapassado este tempo a obra continua tendo sua autoria preservada, porém pode ser usada (de diversas formas) sem necessidade de qualquer pessoa autorizar. Tome-se o exemplo de obras literárias de autores consagrados como Machado de Assis ou Shakespeare. Suas obras serão sempre creditadas a eles, porém se qualquer pessoa quiser reproduzir seus textos ou se inspirar em suas criações, não haverá necessidade de autorizações.

Para a criação do domínio público, cada ordenamento jurídico estabelece o tempo para a obra ser inserida nele, obedecendo a mesma lógica, já que prevista em tratados internacionais. No Brasil, o lapso temporal é de 70 anos contados a partir do 1º de Janeiro do ano seguinte ao do falecimento do autor da obra. Somente após este tempo a reprodução sem autorização não representa violação de direitos autorais. Durante este intervalo, é necessário procurar identificar quem sucedeu o autor na propriedade da obra para proceder ao requerimento de uso. Isto, evidentemente, se o autor deixou herdeiro, caso contrário a obra recai em domínio público após seu falecimento.

De forma bastante resumida, estas são as hipóteses previstas na lei de Direitos Autorais de situações em que é possível reproduzir obra alheia sem violar a propriedade intelectual. Na verdade, a questão está num processo temporal de discussão a respeito de uma possível relativização do *Copyright*. Esta expressão representa, em resumo, o sistema de proteção de propriedade intelectual usado tradicionalmente pelos ordenamentos jurídicos, que com base nos princípios deste *Copyright* elaboram as legislações autorais. Por meio de tratados internacionais, convenções etc. este sistema tornou-se basicamente a regra geral de proteção à propriedade intelectual.

No entanto, a modernidade (pós-modernidade ou qualquer coisa) vem criando novos comportamentos sociais, decorrentes inclusive da atual ênfase da cibercultura, que tendem a por em discussão regras tradicionais de compartilhamento de cultura, de propriedade e aquisição, compra e venda de bens, e, o que seria inevitável o ato de copiar. Sobre este tema, com pouco mais de profundidade, reserva-se o último tópico, encaminhando aqui para uma seguinte discussão: a obediência aos dispositivos legais acima mencionados e os comportamentos que recaem nas exceções à regra da autorização para reprodução, incluindo o domínio público, evitam o plágio?

Não. O exame das hipóteses legais feito acima demonstra que nem sempre uma pessoa interessada em reproduzir (copiar) trecho de obra alheia precisa pedir autorização do legítimo autor para assim fazê-lo. Isto porque pode estar numa situação prevista no artigo 46 da Lei de Direitos Autorais (imprensa, trabalho científico, fins educacionais etc.) ou porque o material reproduzido pode estar em Domínio Público. Porém, em hipótese alguma há isenção da responsabilidade de creditar a autoria real da obra, pois, em caso contrário, haverá plágio.

Tomemos como exemplo um músico que quer colocar obra (uma faixa) de outro artista em seu disco. Caso a obra tenha recaído em domínio público o músico não precisará autorização para fazer o chamado *Cover*, porém, ainda assim o músico deverá informar que não é o autor daquela faixa, se não, será plágio. Ou então a hipótese da prática de citar num trabalho científico. Não cabe falar em pedido de autorização para mencionar o pensamento de um autor, porém é necessário esclarecer que as palavras sendo citadas pertencem

cem a outra pessoa, se não, será plágio.

Este último exemplo deixa claro o quão importantes são algumas regras da metodologia científica, preservando a necessidade de por os devidos créditos às palavras e ideias que estão sendo usadas num artigo, por exemplo. Por mais que pareçam maçantes as regras de metodologia (as NBRs, por exemplo) elas representam um aspecto de segurança e preservação da autoria, o que por sua vez reflete num direito moral do autor. Podem mudar as regras em si (onde por a vírgula? Negrito ou não? Etc.), mas o objetivo primordial é preservar a identidade da obra. Ao mesmo tempo que é uma segurança para o autor, pois preserva a autenticidade de sua manifestação artística, o método científico é uma ferramenta para qualquer pessoa evitar o plágio, basta fazer a referência. Indaga-se então se tal proceder permanece relevante na cibercultura.

4. Acesso à propriedade intelectual na sociedade de informação

Vive-se atualmente em época de acesso à quantidade inimaginável de informações, fazendo, inclusive, com que alguns autores a nomeiem como a “era da informação”, a da “sociedade informacional” ou qualquer expressão semelhante, que represente o redimensionamento e aumento da complexidade do acesso à cultura.

Este acesso à informação é uma característica da chamada cibercultura, esta representando os impactos socio-culturais das tecnologias digitais na sociedade. Pierre Lévy usa a expressão “dilúvio de informação” na contemporaneidade, defendendo inclusive que trata-se de um caminho sem volta, característica da qual os tradicionais institutos sociais devem ficar acostumados e assim saber conviver. (LÉVY, 2010, p. 163). Certamente, um dos atores sociais que mais precisa se adequar às características da cibercultura é o ordenamento jurídico, acostumado com pretensões à estabilidade e controle, que deve então conviver com algo bastante efêmero como as alterações comportamentais nesta “ciber-era”. A ausência de estabilidade inerente ao domínio da virtualização das relações sociais e digitalização da criação artística aumenta consideravelmente a dificuldade de compreensão dos impactos causados pelas tecnologias da informação (LÉVY, 2010, p. 24).

Dentre as tensões do ordenamento jurídico em se compatibilizar com a cibercultura, pontos de alta complexidade residem no controle das mídias, no acesso à informação e na tutela da propriedade intelectual no meio digital. A relação conflituosa entre evolução do acesso à informação, bem como a influência das mídias na divulgação de informações, e a preservação de direitos individuais ou coletivos constitucionalmente garantidos, vem sendo ponto de preocupação na contemporaneidade (VENERAL, 2012, 66). Hoje, cada pessoa tem direito a acessar a rede mundial de computadores, recebendo a oportunidade de entrar em contato com um mundo de informações e bens culturais incabíveis numa biblioteca física. Considerando que o acesso aos meios de acesso à rede (microcomputadores, tablets, smartphones etc.) cresce consideravelmente de importância teórica e prática nos comportamentos sociais, este mundo de informações passa a ser acessível em qualquer hora e qualquer local. Daí então a questão: como fica a proteção da propriedade intelectual perante este irrestrito acesso à cultura?

Um dos pontos nevrálgicos da discussão da tutela jurídica da propriedade intelectual na cibercultura está no fato da “desmaterialização” da produção artística, o que pode, ainda que de forma discutível, causar uma sensação de não-restrição de acesso ao bem, uma sensação de que se a obra está disponível na rede mundial de computadores, então está livre de controle. Para fortalecer:

Dentro do Direito Digital, um fator determinante para o estudo do direito autoral está atrelado à desmaterialização de seu suporte físico. A obra não é mais distribuída em seu modelo tradicional, como por exemplo, em livro ou CD, ela é acessada pelo usuário. O entendimento deste novo formato de distribuição é essencial para se criar formas de proteção do direito de autor na era digital [...] (PINHEIRO, 2009, p. 82).

Esta questão da desmaterialização atinge a tutela legal da propriedade intelectual na cibercultura, mas somado a ela há outros fatores, como a ênfase em liberdades de acesso e uso de bens culturais e verdadeiros movimentos que defendem uma reinterpretação das leis de direito autoral, relativizando certos dogmas do *copyright*. Um destes “movimentos” é o denominado *free software*, que defende a criação coletiva e o compartilhamento de ideias, independente de questões patrimoniais.

[...] o movimento do software livre representa um significativo passo no sentido da possibilidade de inovação das instituições jurídicas, bem como de fomentar a participação coletiva nessa atividade: por meio de um exercício de imaginação institucional, o movimento do software livre foi bem sucedido em conclamar a participação/integração de quaisquer indivíduos interessados no âmbito da coletividade como um todo, quebrando a distinção entre membros e não-membros, agentes e pacientes, aperfeiçoadores e usuários, de um modo que, sob os auspícios do modelo tradicional de propriedade intelectual, não teria sido possível. (LEMOS, 2005, p. 73).

Além do *free software*, pode ser visto como elemento de alternativa às tradicionais leis de propriedade intelectual, o sistema chamado *Creative Commons*, tendo sido concebido como meio para fugir das regras fechadas do *copyright*. Por este último, o autor de uma obra não recebe opções quanto ao que permitir ou restringir em termos de usos de sua própria criação, já no *Creative Commons* o autor tem um leque de opções maior, quanto ao controle e abertura do acesso à sua obra.

[...] o Creative Commons cria instrumentos jurídicos para que um autor, um criador ou uma entidade diga de modo claro e preciso, para as pessoas em geral, que uma determinada obra intelectual sua é livre para distribuição, cópia e utilização. Essas licenças criam uma alternativa ao direito da propriedade intelectual tradicional, fundada de baixo para cima, isto é, em vez de criadas por lei, elas se fundamentam no exercício das prerrogativas que cada indivíduo tem, como autor, de permitir o acesso às suas obras e a seus trabalhos, autorizando que outros possam utilizá-los e criar sobre eles. (LEMOS, 2005, p. 83).

Tanto as práticas sociais típicas da cibercultura (era digital), como o acesso a bens culturais na rede virtual, quanto os movimentos que discutem a compatibilidade das tradicionais regras de direitos autorais com a contemporaneidade, causam efeitos na tensão Cópia versus Plágio, objeto de análise deste trabalho.

Porém, mesmo com as consequências da cibercultura a questão permanece residindo na autenticidade da autoria e na sua divulgação. O acesso a informações aumentou consideravelmente. Um estudante não precisa gastar muito dinheiro com livros para fazer uma pesquisa, já que há sites na internet que lhe fornece material para a realização do trabalho.

Então é possível dizer que em certo grau a questão é a de copiar ou se inspirar em. O que sempre foi objeto de tutela da propriedade intelectual, mas ao mesmo tempo motivo de confusões caóticas:

[...] em nossa tradição, a propriedade intelectual é um instrumento. Ela estabelece as bases para uma sociedade muito criativa, mas permanece subordinada ao valor da criatividade. O debate atual inverteu as coisas. Andamos tão preocupados em proteger o instrumento que estamos perdendo de vista o valor. A fonte dessa confusão é uma distinção que a lei não se importa mais em traçar – a distinção entre republicar a obra de alguém e, por outro lado, criar a partir ou transformar essa obra em outra. (LESSIG, 2005, p. 36).

Confusão esta que tornou-se ainda mais complexa considerando os interesses comerciais, discussões entre grandes corporações, acusações de monopólios e outros pontos controvertidos na produção cultural.

A consequência dessa incerteza legal, amarrada a penalidades extremamente altas, é que ou uma quantidade imensa de criatividade nunca será exercida, ou nunca será exercida publicamente. Nós conduzimos este processo de criatividade de forma escondida, elegendo os “piratas” Walt Disney dos tempos modernos. Impossibilitamos que executivos confiem em domínios públicos, porque as fronteiras de um domínio público são projetadas para não serem claras. Não vale a pena fazer nada a não ser pagar pelo direito de criar, e apenas aqueles que podem pagar têm o direito de criar. (LESSIG, 2005, p. 185).

É possível afirmar que a internet colaborou com o aumento de plágios, porém não pode pagar sozinha pela culpa, pois ela não tem consciência própria nem tampouco vida autônoma. A questão está no bom ou

mal uso do “dilúvio de informações” presente na rede e no respeito a direitos autorais morais, pra não recair em plágio.

No âmbito na Internet, quer seja o acesso via computador, TV, telefone, *palm*, *Pager* ou outra via convergente, esta questão autoral toma maior relevância, pois trata-se de um meio de fácil divulgação e transmissão de informações, fácil acessibilidade e ausência de territorialidade, o que permite que se façam cópias do material que circula na rede com muito mais rapidez, propiciando um maior desrespeito aos direitos autorais e desafiando os métodos atuais de proteção intelectual. (PINHEIRO, 2009, p. 84)

Em outros termos, a questão da cópia ou plágio continua tendo solução na exigência de referência ao real autor de um determinado conteúdo intelectual. As tendências criadas pelos *Free Software* e *Creative Commons* (dentre outros) podem mudar a questão da necessidade ou não de pedir autorização para usar trecho de obra alheia, mas ainda que seja permitido o uso, o crédito ao autor daquele trecho de sua obra usado por outro, deve ser feito.

Se inspirar nas ideias de alguém, em sua obra ou música, e a partir dela criar algo novo permanece sendo algo não somente possível como extremamente comum, sendo completamente inadequado falar em cópia ou plágio nesta hipótese. Mas, o músico que coloca na sua obra, um trecho ainda que pequeno de outra canção tem o dever moral de informar quem é o autor daquele trecho pra não recair em problemas judiciais por plágio. O estudante que usa das ferramentas virtuais para obter conteúdo de pesquisa permanece acobertado por lei em sua prática, porém ele está obrigado a seguir os padrões metodológicos de referência e citar os autores usados em sua pesquisa, indicando quais são as palavras destes e quais são as suas.

A metodologia científica continua podendo ser usada pra evitar situações de “cópia indesejada” ou plágio. A diferença está no acesso à informação, ou no acesso às obras dos outros, mas isto não significa que o dever de divulgar a autoria da informação que se usa sofra qualquer alteração. Existem diversas regras de referência bibliográfica, alteradas até numa frequência indesejada, dispostas a favor do “não plágio”, dispostas a favor de quem quiser usar do dilúvio de informações para criar e produzir algo autêntico, ainda que faça menção a obras alheias.

5. Considerações finais

A proposta deste trabalho foi basicamente a de analisar as diferenças entre plágio e cópia, considerando esta como uma reprodução lícita e aquele como sendo um ato repreensível, usando como instrumento de diferenciação as técnicas de referência à autoria disponíveis pela metodologia científica. Diferença esta que estabelece um parâmetro entre ambos (plágio e cópia) tanto num contexto passado quanto na contemporaneidade da chamada era digital.

Reproduções lícitas e ilícitas sempre foram e continuarão sendo feitas no cotidiano não somente artístico como também científico. As novidades derivadas da era digital, do dilúvio de informações, das relações sociais virtuais e a desmaterialização dos suportes físicos de discos e livros aumentam a complexidade da discussão, mas a diferença entre o uso permitido e o uso não autorizado de conteúdo autoral alheio continua passando pela simples referência à real autoria da obra.

Por mais que o controle do acesso à informações tenha se tornado algo que beira a utopia, considerando fatores como *deepweb*, *Hackers*, *Crackers* etc. e ainda que as regras tradicionais de propriedade intelectual passem por uma fase de reinterpretações, quebra de paradigmas e subversões, o plágio continua sendo uma prática repreensível, ofendendo o direito autoral moral de identificação da relação criador e obra. As modernas discussões sobre os direitos autorais recaem mais sobre a necessidade ou não de burocráticas autorizações de uso, licenças fechadas, distribuição de verbas, mas em nada altera a moralidade da identidade do autor.

E pra proteção deste aspecto moral da autoria, a metodologia científica, com suas regras sobre referências bibliográficas permanece um constante instrumento hábil a identificar e evitar o plágio. Ainda que as regras da metodologia científica, assim como qualquer norma positiva, sejam efêmeras, com tendências a serem alteradas em mínimos detalhes às vezes desnecessários, elas possuem como objetivo útil o de preservar a identidade do autor de uma determinada obra que está sendo usada. Seja num *sample*, num *remix* ou num

artigo científico, as inspirações podem vir (e vêm) de obras alheias, permitindo transcrições ou referências indiretas. E sempre haverá o dever de apresentar a real autoria daquilo que se faz referência, em qualquer que seja o nome da era (ciber, digital, informacional...).

6. Referências Bibliográficas

LEMOS, Ronaldo. **Direito, Tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

LESSIG, Lawrence. **Cultura Livre: como a Grande Mídia usa a tecnologia e a lei para bloquear a Cultura e controlar a criatividade**. São Paulo: Trama, 2005.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Ed. 34, 1999.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENERAL, Débora. **Liberdade de expressão e direito à informação: um contraponto à violação dos direitos e garantias fundamentais e a à preservação da dignidade da pessoa humana**. In: AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz e GABARDO, Emerson (Coordenadores). **Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

A CARACTERIZAÇÃO E A DIMENSÃO DO DANO AMBIENTAL PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL

José Paulo da Silva

Bacharel em Ciências Sociais (Unicap), Bacharel em Direito (Universo), pós-graduado(especialização) em Planejamento e Administração de RH (Unicap), Mestre em Ciência Política (UFPE), Advogado e Professor de Direito Empresarial dos cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade SENAC/PE, consultor jurídico.

Andréa Cristina Carvalheira Guthmann

Bacharela em Direito (Universo), Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processual do trabalho (ESA/OAB Joaquim Nabuco), Advogada Cível e Trabalhista, consultora jurídica.

Sumário

1. Introdução- 2. Infrações Penais – 3. Ação penal no direito ambiental e a responsabilidade objetiva – 4. Da alegação do dano ambiental – 5. Considerações Finais – 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A análise sobre a teoria do dano Ambiental é muito extensa no âmbito do direito ambiental, porém tem despertado inúmeros interesses de pesquisadores que se interessam pela emergência do tema na atualidade. Neste artigo, foram feitas algumas abordagens introdutórias sobre o dano e como ele se insurge nos tipos penais. Isto foi necessário, pois há de se verificar os diversos equívocos produzidos pelo legislador no que diz respeito à tipificação das condutas reprovadas e passíveis de sanções.

Claro que não se poderia deixar de ressaltar que a Teoria do Dano Ambiental já foi analisada no livro *Direito, Linguagem e Sociedade*¹. Contudo, para a compreensão de todo o trabalho, tomou-se como base para discussão a Lei nº 9.605, de 12.2.1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Embora, ressalte-se que o principal foco consiste em debater o caráter da responsabilidade objetiva penal trazida por este diploma legal.

2. Infrações penais

Por definição, a palavra dano do latim *damnu* significa prejuízo, perda. Ou seja, segundo Acquaviva² “*prejuízo sofrido pelo patrimônio econômico ou moral de alguém*”.

É bastante delicada a questão do dano que iremos tratar nesta seção. Em primeiro lugar o direito ambiental trata do dano em duas dimensões: a primeira refere-se ao *dano efetivo ou emergente ou direto*, isto é, concreto, comprovado mediante observações diretas, estas motivadas pela regra da experiência ou mediante perícias que possam de fato precisar os danos ocorridos diante de determinados fatos³. Em relação à segunda dimensão, a doutrina faz referência também ao *dano possível ou eventual ou indireto*. Este, por sua vez, não implica necessariamente em considerações de ordem temporal, podendo também ser denominado de eventual iminente. Contudo, a primeira dificuldade nesta segunda categoria é se há diferença entre provável e possível. Se tratarmos a questão no âmbito do “possível”, ou seja, “*ou possam resultar em danos à saúde humana*”, por exemplo, como dispõe especificamente a legislação, o poluidor incorreria numa infração penal

1 SILVA, J.P. A questão do dano no direito ambiental e sua complexidade. In: COLARES, Virginia (Org.). *Direito, Linguagem e sociedade*. APPODI: Recife, 1.ed. p.164-187, 2011. ISBN 978-85-64680-00-5.

2 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário acadêmico de direito*. 3. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003.

3 Cf. art. 19, caput, LCA.

constante do art. 5, *caput*, da Lei de Crimes Ambientais⁴. Todavia, para a legislação penal o crime de dano é diferente do crime de perigo. Naquele, a *consumação* é necessária à superveniência da lesão efetiva ao bem jurídico. Vejamos o que dispõe a primeira parte do mesmo artigo em comento “*Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem*”. Neste, ou seja, no crime de perigo, se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo (BITTENCOURT, 2008: 213)⁵. Logo, nesta perspectiva, não se poderia falar em tentativa ou responsabilidade civil. Contudo, ambos seriam tipificados como crimes e para a lei de crimes ambientais incidiriam a mesma pena. A única diferença, neste caso, no crime de dano, a ausência do mesmo poderia não caracterizar a tentativa⁶. Portanto, o que se permite concluir que o legislador num mesmo dispositivo legal assegura o enquadramento tanto em crime de dano quanto de perigo cominando-lhe, indistintamente, a mesma penalidade.

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou destruição significativa da flora (*grifos acrescidos*)

Pena – reclusão, de 1(um) a 4(quatro) anos, e multa.

Mesmo com algumas regras específicas do processo penal, importa salientar que elas são fundamentais para a propositura da ação quando se trata de dano, exceto pelo princípio da especificidade o que prevaleceria o disciplinamento da LCA. Contudo, mesmo havendo a ampla responsabilidade objetiva, em se tratando de crimes ambientais, no âmbito do direito penal, há a necessidade de subsunção da conduta do infrator, de modo que a ação penal não pode prescindir da necessária e rígida exposição do fato considerado criminoso, com todas as suas circunstâncias fáticas⁷, bem como o nexo de causalidade entre a conduta e o dano direto ou indireto⁸. Isto porque é cediço que o princípio da culpabilidade erradicou do Direito Penal contemporâneo a responsabilidade objetiva, vigindo o princípio *nullum crimen sine culpa*⁹. Destarte, se deduz que ninguém responderá por um resultado ou um possível resultado se não houver participado de forma dolosa ou culposa, conforme se verifica no art. 54, § 1º. *Se o crime é culposo: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1(um) ano.*

Apesar do art. 3º da LCA¹⁰ trazer no seu *caput* a tríplice responsabilidade das pessoas jurídicas não se pode concluir que a responsabilidade objetiva constante do âmbito administrativo e civil impregne a responsabilidade penal desmesuradamente no ramo do Direito Ambiental. Neste aspecto, necessário se faz admitir que a legislação ambiental adotando em face da pós-modernidade a proteção dos interesses e direitos difusos amplia a culpabilidade para as pessoas jurídicas, isto é, se verifica que as pessoas jurídicas são responsabilizadas criminalmente em matérias ambientais. Contudo, há um óbice que merece uma análise mais ampla. É sabido que a responsabilidade objetiva em princípio abandonada pelo princípio *nullum crimen sine culpa* sofreu modificações, sendo, portanto, possível à pessoa jurídica ser autora de uma infração penal e figurar no pólo passivo de uma relação jurídico-processual. Destarte, algumas objeções foram levantadas por diversos doutrinadores que em função de várias razões, impossível seria imputar-lhe a responsabilidade criminal. Nucci¹¹, por exemplo, elenca as principais objeções: i) destaca a impossibilidade de a pessoa jurídica manifestar *vontade*, elemento essencial do dolo e da culpa; ii) que não haveria manifestação da CF/88 quando no art. 225, §3º menciona sobre a responsabilidade da pessoa jurídica e a sujeição a sanções penais serem de natureza meramente declaratória; iii) as penalidades privativas de liberdade não poderiam ser direcionadas às pessoas jurídicas, pois estas não constituem o cerne do direito penal; iv) como as penas são

4 Lei nº 9.605, de 12-2-1998. Pena – reclusão, de 1(um) a 4(quatro) anos, e multa.

5 BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. V.1, 13 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

6 Cf. art. 14, CP. Diz-se o crime: Crime consumado I – consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; Tentativa II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

7 Ementa HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CRIME AMBIENTAL. ART. 40 DA LEI 9.605/98. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA CONDUTA DO PACIENTE QUE TERIA CONTRIBUÍDO PARA CAUSAR DANO DIRETO OU INDIRETO À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. MERA ALUSÃO AO FATO DE SER PROPRIETÁRIO DO TERRENO. INAMISSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. (STJ-Processo HC 86259/MG, 2007/0154492-9. Órgão Julgador 5ª turma, j. 10/06/2008. Fonte DJe 18/08/2008 Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

8 Cf. art.40 da LCA. “ Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990, independente de sua localização. Pena – reclusão de 1(um) a 5 (cinco) anos.” (grifo nosso)

9 BITTENCOURT, Op. cit., 2008, p.15.

10 Art. 3º, lei nº 9.605, de 12-2-1998. “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou no benefício da sua entidade”

11 NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 8 ed. ver., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 126-127.

personalíssimas, a punição refletiria nos sócios inocentes que não tomou parte na decisão.

Merece, contudo, uma análise ao posicionamento de Nucci quando em rígida exegese sobre os pressupostos do *nullum crimen sine culpa* que, de fato, sobre ele foi erigido todo o direito penal, haja incongruência com o que dispõe o inciso XLV do art. 5º da CF/88 que na sua dición expressa:

Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a declaração de perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (*grifo acrescido*)

Com base neste princípio, ou seja, da individualização da pena, da condição personalíssima da responsabilização, não poderia o art. 225, §3º se contrapor desmesuradamente devido ao que encerra o *caput* deste artigo, ou seja:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (*grifos acrescidos*)

Saleilles¹², na sua análise sobre a origem sociológica da responsabilidade, afirma que como realidade subjetiva o seu entendimento ou a sua representação dar-se-ia a partir da idéia de causalidade, e que, por sua vez, essa idéia tem como fundamento a liberdade. Sendo assim reiterava:

Sem liberdade não se concebe a responsabilidade. Esse elemento de construção lógica e ideal da idéia de responsabilidade é o único do qual, pelo que se refere ao direito penal, não podemos prescindir, já que na consciência das massas tudo se apóia nele. (2006:144)

Não diferentemente neste mesmo diapasão estão as opiniões de Bittencourt¹³ quando afirma que há um equívoco quanto ao fato de alguns penalistas afirmarem que a Constituição Federal teria consagrado a responsabilidade penal da pessoa jurídica pelas seguintes razões: 1) a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a responsabilidade da pessoa jurídica; 2) a Constituição Federal não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal.

A questão seria afirmar que existe uma nova escola além da neoclássica. Saleilles¹⁴ afirma que o surgimento da escola neoclássica foi com base numa reação à escola clássica pela sua higidez no tratamento das penas mais ou menos igualitárias. Diferentemente daquela, a neoclássica foi erigida na teoria de que a *responsabilidade se funda na idéia de liberdade*. Ou seja, para ele era justa a idéia de que o ato deveria ser medido pela quantidade de liberdade que o indivíduo possuía no momento de praticá-lo. Desta forma, aduzia:

A escola neoclássica é uma escola audaciosamente subjetiva, concentrada na consideração do indivíduo, que leva em conta a vontade que presidiu o delito e aprecia o maior ou o menor grau de culpabilidade individual do agente. É a introdução, neste século, do ponto de vista subjetivo em matéria de penalidade (2006:87) (*grifos acrescidos*).

Claro que o legislador infraconstitucional com base talvez no equívoco da redação do *caput* deste importante dispositivo poderia ter disposto da seguinte maneira: “... *sujeitarão, respectivamente, ...*” Com isto, poderia ser entabulada a seguinte consideração. Há de se verificar que todo texto infraconstitucional se refere a **atividades** quando manifestamente se refere à pessoa jurídica. Por outro lado, deduz-se que a **conduta** se refere obviamente ao indivíduo, pessoa natural. Desta forma, o disposto no art. 225 da CF/88 deixa bem claro, a nosso ver, que faz duas referências: primeira, as sanções penais em função da conduta; e as sanções administrativas em função das atividades exercidas por uma pessoa ficta. No caso, as pessoas jurídicas. E, em ambos, as reparações cíveis.

12 SALEILLES, Raymond, 1815-1912. A individualização da pena. Tradução: Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel (Biblioteca Clássica).

13 BITTENCOURT, Sampaio. Op. Cit. p.232.

14 SALEILLES, Raymond. Op. Cit. p.87.

Há de se verificar, entretanto, que no próprio desdobramento do art. 225 da CF/88, no seu inciso IV dispõe que: “*exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.*” (grifos acrescidos)

Segunda referência, as sanções penais são cabíveis a ambas, tanto conduta quanto atividade, desde que a atividade da pessoa jurídica seja motivada por uma pessoa física. Neste talante, cabendo a ambas as personalidades as penalidades criminais. Nesta, excetuando-se a privação de liberdade, pelo princípio lógico de que não se responsabiliza uma pessoa jurídica, nem mesmo quando se trata de desconsideração da sua pessoa, que seria cabível apenas para ressarcimento de prejuízos causados pela pessoa jurídica¹⁵ a outrem.

Como já comentado, o inciso IV da Lei nº 6.938/81 evidencia que há a responsabilidade da pessoa física ou jurídica pela atividade degradante. Igualmente, aquele que se responsabilizou pela atividade danosa responde criminalmente. Nisto, caberiam indiscutivelmente os seguintes questionamentos: caso a responsabilidade societária, ou seja, dos sócios não ficasse devidamente evidenciada, haveria responsabilização criminal da empresa pura e simplesmente? Antes de responder, é importante verificar as decisões do STJ no que tange à responsabilidade criminal por danos ambientais. Neste sentido, a jurisprudência¹⁶ tem entendido que a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada criminalmente quando houver a participação de uma pessoa física que em nome e em benefício da pessoa jurídica autorize a prática delitiva¹⁷.

Na esteira deste entendimento se encontra Sette (2009:204) que na exegese do art. 3º da LCA estabelece os denominados fatores condicionantes para que a pessoa jurídica seja responsabilizada criminalmente: a) se no caso da infração cometida foi praticada por qualquer legitimado do art. 2º do mesmo diploma legal; b) se o ato praticado acarretou benefícios para a sociedade empresarial. Desta forma, os precedentes desta corte apontam para a importância de haver elementos hábeis fundamentais para descrever a relação entre fatos delituosos e a autoria, pois, ao contrário, ofenderia ao princípio constitucional da ampla defesa. (cf. art. 5º, Inc. LV, CF/88)

Os que contrariamente a Nucci entendem a possibilidade, hoje materializada na LCA, decorrente de uma interpretação adequada do § 3º do art. 225 da CF/88 pelo fato de existir outras penalidades independentes da privativa de liberdade para alcançar as pessoas jurídicas, e, neste caso, a pena incidiria sobre a pessoa jurídica e não sobre os seus dirigentes. Obviamente, pode-se, contudo, surgir, ainda, dois questionamentos: i) no caso, de haver um dano ambiental e que ficasse caracterizada a participação de pessoas físicas haveria a punição dos dirigentes com a privação de liberdade e, simultaneamente, da empresa com outras penalidades? Segundo precedentes da jurisprudência do STJ, neste caso específico, haveria a responsabilização objetiva da pessoa jurídica motivada pela participação dos seus sócios conforme comentários anteriores. Simultaneamente, as pessoas físicas seriam responsabilizadas subjetivamente na razão de sua culpabilidade. É o que dispõe o art. 2º da LCA quando explicita:

15 Cf. art. 4º, Lei nº 9.605/98, caput “Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

16 Ementa. CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO.

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente. III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial. IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades. V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal. VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito. VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral. VIII. “De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado.” IX. A Lei Ambiental previu para as pessoas jurídicas penas autônomas de multas, de prestação de serviços à comunidade, restritivas de direitos, liquidação forçada e desconsideração da pessoa jurídica, todas adaptadas à sua natureza jurídica. X. Não há ofensa ao princípio constitucional de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...”, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas: uma física - que de qualquer forma contribui para a prática do delito - e uma jurídica, cada qual recebendo a punição de forma individualizada, decorrente de sua atividade lesiva. XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal. XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres. XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.

XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória. XVI. Recurso desprovido. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. (STJ - Processo REsp 610114/RNRECURSO ESPECIAL 2003/0210087-0 .Rel. Ministro GILSON DIPP . Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 17/11/2005. Data da Publicação/Fonte DJ 19/12/2005 p. 463) (grifos acrescidos)

17 Cf. art.3º, da Lei nº 9.605/98. “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sociedade.”

Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, **incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade**, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. (*grifos acrescidos*)

Destarte, é fácil concluir que há possibilidades de punições simultâneas tanto para a pessoa jurídica quanto para as pessoas físicas, embora as punições tenham finalidades distintas, porém da mesma espécie. Para aquelas, por uma questão de política criminal evitar os benefícios para a pessoa jurídica pelos crimes ambientais, mas que lhes trouxessem benefícios. Para estas, visariam à desaprovação ético-social de sua conduta, implicando na privação da sua liberdade, pois como é cediço no direito penal a reprovação da culpabilidade somente poderia ser formulada à pessoa individualmente responsável (BITTENCOURT, 2008:231).

Neste talante, é visível que o próprio STJ recorre a pressupostos jus filosóficos para justificar a teoria da responsabilização penal objetiva do direito ambiental. Verifica-se, entretanto, que no julgamento do REsp 564960 / SC. 2003/0107368-4 Rel. Ministro GILSON DIPP, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica consiste no fato da mesma praticar atos no moderno ordenamento jurídico. Fundamenta, contudo, a 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça que “*A culpabilidade no conceito moderno é a responsabilidade social e a culpabilidade da pessoa jurídica limita-se à vontade dos seus administradores ao agir em seu nome e proveito*”. (*grifos acrescidos*)

Deflui-se do *decisum* acima exarado que há uma vontade presumida da pessoa jurídica na qual por suposta procuração dos administradores agem em nome dela. Digamos que com base nos fundamentos acima expostos uma empresa seja criminalmente condenada por crimes ambientais. Logo após, os sócios que deram ensejo a condenação sejam eles substituídos pela cessão onerosa de suas quotas. Caberia, neste caso, a perpetuidade dos antecedentes criminais dessa pessoa jurídica? Ela continuaria apenada com restrições de direito, mesmo não sendo os novos proprietários, sócios ou administradores, os mesmos?

Diante desses e de outros questionamentos naturais da pessoa física, o que se aplicaria de fato à pessoa jurídica e quais as suas repercussões penais? Igualmente, verifica-se que a teoria da culpabilidade, cerne da ciência jurídico-penal, não pode ser dissociada mesmo por uma escola moderna da teoria psicológica, da teoria moral da conduta humana. Salleiles¹⁸ aduz que tanto para a consciência individual como para a consciência coletiva, há identificação entre liberdade moral e responsabilidade. Ou seja, que o *quantum* de liberdade é fundamental para o *tantum* de responsabilidade do indivíduo. É, em sua opinião, disto que decorre os atenuantes da pena no direito penal moderno. Sendo assim, por uma diversidade de variantes de ordem moral, de ordem psicológica que não se podem desconhecer os elementos racionais que tornam a vida dos indivíduos e dos governantes uma realidade objetiva. Resta evidente a impossibilidade para o direito penal ambiental admitir a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas. Contudo, limitar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas à vontade da pessoa física que a dirige constitui um arranjo jurídico que parece não suprir os equívocos políticos do legislador infraconstitucional no que tange ao disciplinamento da declaração contida no art. 225 da CF/88.

Em outra perspectiva, uma análise mais acurada dos crimes ambientais em espécie se verifica que do artigo 29 ao artigo 69-A da LCA todos trazem no seu preceito secundário pena de privação de liberdade¹⁹.

Resta claro, que pelo menos topograficamente nos crimes em espécie os mesmos obedecem a uma lógica em relação às responsabilidades. Cremos, entretanto, que a confusão trazida pelo legislador se situa no art. 8º do diploma legal em comento. É possível verificar que o mesmo traz uma restrição de direitos que se confunde a ser aplicado à pessoa física ou à pessoa jurídica. A primeira, de ordem penal constante nos artigos 7º e 8º em função das substituições de privação de liberdade e no artigo 22, I no que tange às penas restritivas de direito da pessoa jurídica.

Contudo, se verificarmos as restrições de direito do Código Penal e da LCA ambas merecem algumas considerações importantes. No que diz respeito às penas restritivas de direitos as mesmas são de caráter autônomo e substitutivo da privação de liberdade (*cf.* art. 7º, LCA). Sendo assim, dispondo de modo diverso do Código Penal há de se inferir que não se poderá aplicar o CP²⁰ e sim o disposto no art. 8º da LCA. Desta

18 SALLEILES, R. Op. Cit. p.144.

19 Cf. arts. 32 e 33 do Dec.-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

20 Cf. art. 12, CR. “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

forma, as restrições de direitos no âmbito dos crimes ambientais diferem em alguns aspectos do CP tais como: a suspensão parcial ou total de direitos e o recolhimento domiciliar.

Essa disposição de modo diverso do Código Penal não faculta ao intérprete, segundo Bittencourt (2008:543), utilizar o Código Penal subsidiariamente tendo em vista que esta lei especial dispunha de modo diverso daquele. Logo, no que tange à substituição da pena privativa de liberdade, deve-se verificar que não resta admissível substituir de forma acumulada, pelo fato de esta lei especial não dispor sobre este aspecto em matéria específica. Claro que em havendo a penalidade privativa de liberdade e não sendo um crime doloso ou aplicada uma pena privativa de liberdade inferior a 4 anos é cabível a substituição pelas restrições de direitos. (cf. art. 7º, LCA)

Detendo-se nas hipóteses do art. 8º e seguintes, há de se verificar que há sanções que trazem uma dubiedade à pessoa do condenado. Já resta claro que a condenação, pessoal pelo princípio da subjetividade, não traz quaisquer óbices. Contudo, quando se trata de restrições de direitos está se falando de penas substitutivas. Segundo Nucci (2008:355) “*são substitutivas porque derivam da permuta que se faz após a aplicação, na sentença condenatória, de pena privativa de liberdade*”. Evidencia-se, contudo, que o art. 8º ao estabelecer o rol de restrições de direito, conforme o que preceitua o *caput* do art. 7º estaria, sem dúvida, se referindo às condenações de ordem da pessoa física. E esta relação diferentemente do CP remete a sanções restritivas diversa deste código.

Por outro lado, o art. 11 da LCA explicita que a suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às prescrições legais. É patente, neste caso, verificar que a suspensão de atividades se refere à pessoa jurídica. Logo, difícil deduzir que a pessoa jurídica sofreu uma privação de liberdade e que lhe foi atribuída uma restritiva de direito que no caso seria a suspensão de sua atividade. Há uma nítida confusão quando se traz a lume que nas espécies de restrições de direito tenha o legislador se confundido e ao mesmo tempo misturado restritivas para a pessoa jurídica e restritiva para a pessoa física. No caso, por exemplo, do inciso III que trata da suspensão parcial ou total de atividades.

Remetendo-nos, mais uma vez, ao § 3º do artigo 225 há de se verificar que se fala em *conduta e atividade*. Obviamente que a conduta punível com privação de liberdade, cabível como restrição de direitos o recolhimento domiciliar (cf. art. 8º, inc. V); cabível prestação de serviços à comunidade (cf. art. 8º, inc. I); e cabível prestação pecuniária (cf. art. 8º, inc. IV).

Por outro lado, tanto a conduta quanto a atividade são passíveis de restrições de direito (cf. art. 8º, II). O que resta confuso é exatamente a suspensão parcial ou total da atividade (cf. art. 8º, inc. III). Este só é cabível na sanção da atividade. Logo, da pessoa jurídica.

Ao analisar detidamente este dispositivo, se presume que na perspectiva de responsabilizar objetivamente a pessoa jurídica, pode de fato ter ocorrido duas situações: primeira, o legislador não estabeleceu sanções penais de alcance objetivo. E isto se evidencia pelo fato de todas as sanções contidas no capítulo V da LCA tratarem, como já dito, no seu preceito secundário de privação de liberdade. Logo, as hipóteses de doutrinadores que afirmam sobre a responsabilidade penal se basear em multa para as pessoas jurídicas não trariam quaisquer contrasensos. Pergunta-se, então, qual a razão das sanções administrativas, pois as mesmas contemplam plenamente a modalidade multa? Sendo assim, como a LCA não dispõe de modo diferente do Código Penal é válido o disposto no art. 32 do CP que trata das três modalidades de pena: i) privativa de liberdade; ii) restritiva de direito; iii) multa. Já na LCA, em relação à pessoa jurídica dispõe o art. 21: i) multa; ii) restritivas de direitos; iii) prestação de serviços à comunidade.

Na segunda situação, haveria um equívoco na interpretação do § 3º do art. 225 da CF/88. Como já explicitado anteriormente, voltamos a rediscutir este parágrafo agora com foco no inc. III do art. 8º da LCA. Verifica-se que o legislador não poderia ter se referido à **suspensão parcial ou total da atividade** no mesmo artigo que trata sobre penas substitutivas de privação de liberdade. Mais ainda, o artigo da Carta Magna, em comento, classifica dois construtos específicos “*as condutas e as atividades*” lesivas sujeitarão as pessoas físicas ou jurídicas. Neste aspecto, deve-se considerar ser totalmente distinto o alcance do que se pretende considerar conduta. Segundo Aurélio²¹, equivale a procedimento, comportamento. Neste sentido, refere-se à pessoa física. Entretanto, há várias passagens nos textos legais que remetem *atividade* para o âmbito da pessoa jurídica, respaldada por uma pessoa física. Vejamos o exemplo do art. 170, parágrafo único, da CF/88 quando explicita “*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica*”. No art. 2º da CLT,

por sua vez, aduz “*Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que assumindo o risco da atividade econômica...*” (grifos acrescidos)

Retomemos também o exposto no parágrafo único do art. 927, CC-02 “*Haverá a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano...*”

Creio que seja suficiente para se verificar que a responsabilidade objetiva alcança a **conduta de quem dirige a atividade empresarial**. Neste, a análise não visa alcançar sujeito diverso do autor, ou seja, daquele que atua com vontade e determinação.

Mais ainda, considerando a responsabilidade objetiva do autor mesmo pelo fato de sua titularidade no exercício diretivo de uma atividade empresarial, ainda não restaria suficiente para qualificar essa responsabilidade penal objetiva, conforme se verifica no precedente do STF, já discutido, que não considera elemento suficiente da responsabilização objetiva a existência de um dano que não se verifique a mínima conduta de pessoa física. Igualmente, deve para se configurar a responsabilidade objetiva penal que haja condutas que de fato evidenciem que as mesmas foram determinantes para a geração do dano. Decorre, nesta hipótese, que não caberia ao autor do dano alegar exclusão de culpabilidade, pois o dano existiu e o prejuízo foi dimensionado para efeitos do *quantum* indenizatório.

Na verdade, isso é o que se verifica desse *decisum* da Suprema Corte. Mesmo havendo o dano é de se verificar se a conduta do representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado não foi minimamente trazida à baila na exordial, pois não há como se configurar a responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica, sujeitando a inépcia²² da denúncia.

Importa ressaltar que a responsabilidade objetiva criminal no pólo ativo da relação jurídico-processual encontra assento na legislação. O art. 37 do CPP explicita que a pessoa jurídica poderá exercer a ação penal, fazendo isto por representação de uma pessoa física. Há situações, entretanto, que caberia essa prerrogativa de atuar como sujeito ativo do pólo da relação. Isto constando em contrato social ou estatuto designando o seu representante legal.

Cremos, contudo, que não há qualquer problema em entender a condição legítima da pessoa jurídica figurar no pólo ativo de uma relação jurídico-processual. Entretanto, no lado oposto, na condição de ré não há de se verificar quaisquer fundamentos, pois a inversão de pólo traz uma série de considerações específicas. Ajuizar uma ação, ter legitimidade *ad causam* no sentido de propor uma queixa há de se verificar que não se foge aos pressupostos gerais, e que o representante de uma empresa deverá proceder apenas anexando o contrato social e suas devidas alterações para se responsabilizarem pelas etapas processuais. Contudo, quando se trata do apenamento, as complicações que lhes são inerentes afloram nas formas dos questionamentos feitos ao longo deste trabalho. Reforça-se também o aludido contexto quando se verifica a preempção da ação penal privada quando o querelante é pessoa jurídica, no caso extinguindo-se a punibilidade caso não haja sucessão²³

Observe-se, contudo, que o STF aparenta ter um posicionamento nesta decisão diferenciado do STJ. Digo aparente, pois são pouquíssimas as matérias que foram devolvidas à Suprema Corte, diferentemente do que ocorre no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no que tange a matéria em comento.

3. Ação penal no direito ambiental e a responsabilidade objetiva

É preciso salientar que nas infrações penais constantes da LCA a ação penal é pública incondicionada, ou seja, a ação será promovida pelo Ministério Público. Neste caso, não traz como no CP a ação penal privada, subsidiária da pública, até mesmo pela natureza do bem tutelado. (cf. art. 26, *caput*, LCA).

22 Ementa. CRIMINAL. HC. DELITO AMBIENTAL. CRIME SOCIETÁRIO. IMPUTAÇÃO BASEADA NA CONDIÇÃO DE PROPRIETÁRIA E REPRESENTANTE LEGAL DE EMPRESA. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO MÍNIMA DA RELAÇÃO DA PACIENTE COM OS FATOS DELITIVOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLADEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

Hipótese em que o Ministério imputou aos pacientes a suposta prática do crime previsto no art. 54, *caput*, da Lei 9.605/98, pois, na condição de proprietária e representante legal de empresa, teria lançado efluentes líquidos, sem o devido tratamento, em corpo d'água pertencente à bacia do Médio Tietê/Sorocaba-SP causando poluição capaz de resultar em danos à saúde humana. O entendimento desta Corte – no sentido de que, nos crimes societários, em que a autoria nem sempre se mostra claramente comprovada, a fumaça do bom direito deve ser abrandada, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta de cada agente –, não significa que o órgão acusatório possa deixar de estabelecer qualquer vínculo entre o denunciado e a empreitada criminosa a ele imputado. O simples fato de ser sócio, gerente ou administrador de empresa não autoriza a instauração de processo criminal por crimes praticados no âmbito da sociedade, se não restar comprovado, ainda que com elementos a serem aprofundados no decorrer da ação penal, a mínima relação de causa e efeito entre as imputações e a sua função na empresa, sob pena de se reconhecer a responsabilidade penal objetiva. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre os fatos delituosos e a autoria ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia. Precedentes do STF e do STJ. Deve ser declarada a inépcia da denúncia e determinada a anulação da ação penal n.º 488/99 em relação à paciente, com extensão ao co-réu, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. “A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. (STJ - Processo HC 57213 / SP HABEAS CORPUS 2006/0074556-4 Relator(a) Ministro GILSON DIPP) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 14/11/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 18/12/2006 .

Nucci (2008:522) afirma que o Ministério Público é o *dominus litis*, porém não é o dono da ação penal. Resta, contudo, saber se seria facultado ao privado, na inércia do MP, promover a ação privada subsidiária da pública. Neste sentido, não. Isto quer dizer que no caso do direito ambiental, por se tratar de direitos difusos a competência é do MP, salvo nos aspectos que haja danos privados.

A possibilidade, entretanto, de inépcia da peça acusatória ocorre pela ausência total de fatos que especifiquem a conduta dos sujeitos e a causalidade dos danos gerados com suas condutas. Aqui é preciso não confundir com atividades as condutas dos agentes.

5. Da alegação do dano ambiental

Não basta para se caracterizar a responsabilidade pelo dano ambiental a afirmação da autoridade coatora sobre o fato ocorrido e a sua descrição em atos infracionais. Disto decorre que, a constatação *in loco* da autoridade coatora enseja indiscutivelmente um processo respectivo, seja administrativo ou policial. Contudo, a alegação de que houve dano precisa ser confirmada. O princípio de que a responsabilidade da prova é de quem alega (*actori onus probandi incumbit*), constante no art. 333 do CPC, também encontra amparo no direito penal ambiental, pois a subjetividade do coator não pode ser determinante na apreciação, determinação e extensão do dano efetivo. A jurisprudência do STF é bastante clara neste sentido quando admite a possibilidade de perícia técnica em fase instrutória do processo visando averiguar a existência do dano, autoria e corresponsabilidade. Claro que uma vez confirmado o dano, mediante perícia técnica, a responsabilidade do autor é objetiva conforme exaustivas demonstrações anteriores.

Se nos remetermos ao CP, há de se notar que o dano como elemento objetivo do tipo penal descreve condutas que são consideradas penalmente relevantes. Primeiro só há dano quando há a **coisa**, alvo da tutela jurídica. Para o direito penal ambiental mesmo sendo tratada por lei especial, a descrição do tipo penal contido no art. 163 do CP denomina o dano como “*Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia*”. Nisto, é preciso diferenciar o fato danoso e o fato criminoso. Para o direito penal comum o fato danoso tem que constituir crime para efeitos da tutela pretendida. Já para o direito civil basta o fato ser danoso em qualquer proporção para ensejar a reparação do dano conforme se verifica no confronto entre o art. 935 do Código Civil e os arts. 66 e 386 do Código Penal. Nestes, ficam evidentes que a fundamentação da absolvição do réu poderá se dar por: i) *estar provada a inexistência do fato*; ii) *não haver prova da existência do fato*; iii) *não constituir o fato infração penal*.

Resta evidente que se da decisão no âmbito criminal ficar provado a inocência do réu e da fundamentação do *decisum* for relativa ao fato não constituir infração penal isto não elidiria a apreciação da matéria em âmbito de responsabilidade civil. Isto, contudo, nos remete à confirmação da plena diferença entre o fato danoso penalmente reprovável e o fato danoso civilmente reprovável. Fato este que segundo Venosa²⁴ deve ser categoricamente negado no juízo criminal, porém o que não foi objeto da decisão pode ser reapreciado no juízo civil.

Para este doutrinador, o dano ambiental guarda estreita relação com o dano civil (*cf.* art. 27, LCA), apenas com a diferença que constitui um abuso aos direitos difusos. Desta forma, a responsabilidade objetiva no que tange à responsabilidade civil não traz questionamentos de vultos. Contudo, no que tange aos danos ambientais há de se considerar o seu dimensionamento e a sua extensão em face da possível recuperação natural a partir da intervenção humana. Neste caso, deveria se verificar a reversibilidade ou não do dano causado. Segundo, em existindo o dano e o prejuízo medido para efeitos indenizatórios.

As duas possibilidades de alegação do dano ambiental em muito se diferencia do dano civil apreciado na esfera penal ou vice-e-versa, pois para o direito ambiental penal, como já analisado anteriormente, se iguala para efeitos indenizatórios ao dano civil, diferentemente para efeitos penais.

Vejamos as considerações necessárias ao entendimento desse posicionamento. Primeiramente, é indiscutível que a LCA no seu art. 21 refere-se às penas aplicáveis a pessoa jurídica, quais sejam: i) multa; ii) restritivas de direitos; iii) prestação de serviços a comunidade. Todas as três modalidades de penalidade, em relação ao direito penal comum, diferem apenas na prestação de serviços à comunidade em vez da impossibilidade da privativa de liberdade.

Óbvio que o legislador tinha inúmeras razões para estabelecer sanções penais à pessoa física e ao mesmo tempo à pessoa jurídica. Razões essas que do ponto de vista penal ambiental pode se dizer que não

trouxe uma aplicação prática e precisa quanto à mesma, pois todas as penas, por exemplo, previstas no art. 22 relativas às penas restritivas de direito, poderiam topograficamente ser acrescidas ao rol do art. 72, § 8º. Verifique que no inciso V deste artigo a sanção administrativa diz respeito à proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de 3 (três) anos. Já no que tange àquele, no seu inciso III, há a proibição de contratar com o Poder Público, bem como de obter subsídios, subvenções e doações.

Desta forma, fica evidente que as sanções penais da pessoa jurídica são praticamente sem sentido em relação ao *jus puniendi* pelo Estado. Haja vista, que supriria o rol das sanções administrativas todas as hipóteses previstas no art. 22 da LCA.

6. Considerações finais

Sem a pretensão de promover quaisquer considerações definitivas a respeito do tema aqui tratado, ou seja, a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas face aos danos ambientais, nos propomos a discutir como poderia haver este delineamento diante dos enfoques e dos princípios tão consagrados no direito penal brasileiro a exemplo do *nullum crimen sine culpa* e de repente se ver diante da imputação objetiva dos crimes ambientais tendo como agente delinquente as pessoas jurídicas. Sendo assim, nos vimos diante de todo um ruir do arcabouço da teoria da culpabilidade quando da necessidade de responsabilizar penalmente as empresas por crimes ambientais previstos em dispositivo legal próprio.

Desta forma, diante dessa legislação especial, poderíamos falar num novo ramo do direito, isto é, direito de explícita base constitucionalista, neste caso, do direito ambiental penal. Indiscutivelmente, ramo autônomo do direito por trazer direitos materiais e regras processuais próprias, porém com algumas lacunas que muito mais dificultaram do que ajudaram na sua efetivação social, precipuamente nas duas questões colocadas no início: a imputação objetiva das pessoas jurídicas e a definição de dano ambiental. Consequentemente a junção das questões que definiram no âmbito jurídico a imputação objetiva das pessoas jurídicas por danos ambientais.

Destarte, ora a questão da delimitação do dano ambiental se torna um fator complexo para a aplicação das normas protetivas; ora a definição da responsabilidade objetiva da pessoa jurídica implica em fatores mais complexos ainda. Seria, contudo, uma questão de interpretação jurídica²⁵ ou propriamente de reformulação de alguns pressupostos e princípios clássicos do direito penal e sua vinculação à escola subjetivista ou a uma nova escola a objetivista-subjetivista.

Desde o início, vinculamos a questão à carência na definição de danos ambientais. Esta inclusive, muito crítica, pois a ausência de um conceito que desse ao princípio do poluidor-pagador deve ser interpretado restritivamente aos aspectos ligados à poluição ambiental. Contudo, este princípio não é aplicável a todos os crimes ambientais que contrariem as permissões constantes na maioria dos tipos penais ambientais. Neste aspecto específico, não há danos só pelo fato da contrariedade às permissões, pois nestes casos a violação constitui muito mais crime de perigo do que propriamente de danos. Neste âmbito, as sanções cabíveis carreadas nos próprios tipos penais sem a necessidade da reparação, pois não houve dano configurado. Logo e consequentemente não há de se falar que reparação caberia, salvo se além da contrariedade a norma limitadora e risco houvesse de fato danos aos recursos ambientais.

Entretanto, as raízes do direito penal arraigadas à escola subjetivista ainda traz consideráveis óbices para uma plena aceitação da imputação objetiva da pessoa física, e isto talvez não como se pensou de início no prefácio a obra de Günther Jakobs sobre o desconhecimento ou da pouca serventia da imputação objetiva dentro da teoria do delito no direito penal brasileiro. Porém, esse desconhecimento como o alegado no prefácio à 2ª edição da obra do renomado jurista alemão tem várias razões que cabe a vários doutrinadores se debruçarem e refletirem trazendo, consequentemente, ao universo jurídico, novas contribuições para um tema ainda tão controverso na cultura jurídica brasileira.

Não podemos nos distanciar da realidade cultural brasileira diante da formação do arcabouço jurídico pátrio. O conflito de interesses e o excesso de dispositivos legais para regular todas as atividades humanas constituem um contrassenso ao direito moderno. A sua vigência e as demandas levadas e devolvidas as instâncias do poder judiciário tendem, em muitos casos, aos conflitos de constitucionalidade, repercussões gerais levando anos para um posicionamento da suprema corte, que através das suas decisões firmem o en-

tendimento pacificado desses novos dispositivos legais inovadores da ordem jurídica.

Apesar de no início desse trabalho termos remetidos ao art. 225, § 3º da CF/88 é válido ressaltar, sobretudo, que o enfoque dado a condutas e atividades, das quais primamos pela posição defendida por Nucci (2008:127) de que condutas são referidas às pessoas físicas e atividades às pessoas jurídicas, de modo que remetemos ao leitor as alterações da Lei nº 6.938/81 introduzidas pela lei nº 10.165, de 27.12.2000 que dispõe no art. 17-C sobre o sujeito passivo da TFCA – Taxa de Controle de Fiscalização Ambiental - todo aquele que exerça as *atividades* constantes do Anexo VIII da lei em comento.

7. Referências bibliográficas

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. 3. ed. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2003.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, v. 1. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva 2008.

BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal (organizador) Luiz Flávio Gomes. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008.

COSTA, Nelson Nery. **Ciência Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FEIJÓ, Ricardo. **Desenvolvimento econômico: modelo, evidências, opções políticas e o caso brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2007.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. Tradução André Luis Callegari. 3 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. **Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexos causal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MAMEDE, Gladstone. **Manual de direito empresarial**. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo, 2007.

MILARÉ, Édís. **Direito Ambiental**. São Paulo: RT, 2001.p.421-422.

MORAES, José Carlos da Silva. **Multa ambiental: conflitos entre a atuação com a constituição e a lei**. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 8. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 126-127.

SALEILLES, Raymond, 1815-1912. **A individualização da pena**. Tradução: Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel (Biblioteca Clássica).

SANTOS, José Cavalcanti dos. Perícia ambiental criminal. In: TOCHETTO, Domingos (Org.). **Direito Ambiental**. São Paulo: Editora Millenium, 2010, p. 16-56.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental constitucional**. 8. ed., atual. Mallheiros Editores Ltda.

SIRVINSKAS, Paulo. **A tutela penal do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SETTE, Marli T. Dean. **Direito ambiental**. Coleção didática jurídica. São Paulo: MP Editora, 2009, p. 204.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von (1779-1861). **Metodologia jurídica**. Tradução Heloisa Buratti. 1. Ed. São Paulo: Rideel, 2005.

SOROKIN, Pitirim A. **Sociedade, cultura e personalidade**: sua estrutura e sua dinâmica. Tradução João Baptista Coelho Aguiar e Leonel Vallandro. Vol. I. Porto Alegre: Editora Globo, 1968.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. (coleção direito civil; v.4).

JUS POSTULANDI - ACESSO AO JUDICIÁRIO OU RISCO À JUSTIÇA?

Victor Bruno Rocha Araujo

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Bacharel em Teologia pelo Seminário Teológico do Bel-
tel Brasileiro e Ação Evangélica, atuante como advogado com escritório sede na cidade de Campina Grande – PB.
Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Católica Dom Bosco. E-mail: contato@rochaaraujo.adv.br

Resumo

A polêmica questão do *jus postulandi* atualmente tem sido severamente combatida, e a maior crítica tem recaído sobre sua presença na justiça trabalhista, é perceptível que tal instituto teve um início *sui generis*, mas cuja aceitação nos dias atuais se mostra como uma afronta a busca da verdade real, a concretização da justiça e à satisfação dos interesses envolvidos. Interessante notar que o atual posicionamento do ordenamento brasileiro, assim como da doutrina e jurisprudência majoritária são na verdade uma afronta aos princípios norteadores do direito, à letra expressa da Constituição Federal e mesmo a mais simples e elementar lógica, devendo de pronto ser rejeitada e combatida.

Palavra - chave: 1 *Jus postulandi*. 2 Advogado trabalhista. 3 Segurança jurídica. 4 Justiça

Introdução

Observado a atual tendência e expansão do *jus postulandi* surgem fortes críticas as suas benesses, as quais levantam temas como a relevância e o papel do advogado no seio da sociedade, assim como que meios se mostram como realmente efetivos na proteção dos hipossuficientes, ou mesmo qual o real papel do judiciário, questões às quais não se pode manter o silêncio sob pena de se ter por aceitável severas e danosas conseqüências.

Tal tema ganha ares cada vez mais preocupantes quando observado que a Justiça do Trabalho, os Juizados Especiais Cíveis e os Juizados Especiais Federais têm estabelecido a possibilidade de ingresso em juízo sem a necessidade do acompanhamento de um advogado como um princípio nobre e essencial, tendência esta que já encontra defensores de sua aplicação em todos os âmbitos do judiciário.

Ocorre que a grande maioria dos postulantes ingressa em juízo sem um mínimo de conhecimento técnico jurídico, mas em contrapartida, em geral, encontram, como parte adversa, grandes empresas ou detentores de uma confortável situação econômica, representados com toda uma equipe preparada e especializada para este fim, o que gera um desequilíbrio evidente e perigoso.

Neste ponto pergunte-se, será que tal *jus postulandi* é realmente uma vantagem? Será que garante acesso à justiça e à verdade? Ou poderia ser uma mera ilusão? Uma máscara sutil, mas causa de grandes e terríveis desdobramentos?

1. Análise conceitual

Em linhas gerais e visando apenas uma introdução ao tema tem-se que *jus postulandi* trata-se de uma expressão latina que faz menção a prerrogativa de postular em juízo, em geral, privativa de advogado, sendo o *jus postulandi* das partes um instituto que permite a qualquer indivíduo capaz postular pedido e/ou defesa perante o Poder Judiciário independentemente da representação por advogado.

No ordenamento brasileiro tal possibilidade revela-se como uma exceção a regra e encontra-se aplicável

apenas em casos específicos, quais sejam, na impetração de *habeas corpus* (Código de Processo Penal, art. 654), na reclamação de alimentos (L. 5.478/68, Art. 2º), em processos relativos à condição de nacionalidade (L. 818/49, Art. 6º, §5º), nos decorrentes de acidentes de trabalho (L. 6.367/76, Art. 13), nas causas cíveis com valor até 20 salários mínimos ou nas federais até 60 salários mínimos e nas Ações trabalhistas (Decreto-Lei 5.452/43), além dos casos de inexistência, recusa ou impedimento do auxílio de um advogado (Código de Processo Civil, Art. 36).

Sobre tais exceções Orlando Teixeira da Costa, referindo-se aos artigos 791 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), 36 do CPC, 9º da Lei 7.244/84 e 2º da Lei 5.478/68, escreve:

Este breve elenco ressalta a preocupação do legislador de amparar o pobre, o desvalido, o hipossuficiente, possibilitando-lhe acesso ao Poder Judiciário sempre que a circunstância ou a natureza do pedido justificarem. Seria incompatível com o interesse público que a lei vedasse a essas pessoas reclamar alimentos, salários ou formular pedidos de pequena significação econômica; por isso, a lei reconheceu, excepcionalmente, que o patrocínio do advogado poderá ser facultativo nesses casos. (1994, pag. 543)

Em tese, essa capacidade postulatória visa garantir à toda a sociedade o direito constitucional de livre acesso à Justiça (Art. 5º, inciso XXXVI), de feita que restringir tal direito a obrigatoriedade da presença de qualquer profissional seria macular este livre acesso e gerar um corporativismo nacional e perigoso.

Nestas linhas iniciais percebe-se que alguns conceitos precisam ser estabelecidos para devida abordagem do tema, assim, mister se faz a compreensão do que vem a ser o profissional denominado “advogado”, assim como do que a atual Carta Magna brasileira estabeleceu como direito fundamental do livre acesso ao judiciário.

Pois bem, por advogado tem-se um profissional conhecedor das ciências jurídicas e devidamente habilitado junto a Ordem dos Advogados do Brasil. Neste ponto cabe destacar que não lhe basta apenas o término de um bacharelado, mas também se faz necessário a inscrição e manutenção de seu cadastro junto ao órgão legalmente competente. Assim, este é não apenas um conhecedor de determinado assunto, mas também, e com muito mais ênfase, um mediador entre a lei e a sociedade, entre a justiça e o humano, um representante por excelência.

Já o direito de livre acesso ao judiciário nada mais é do que o próprio direito de ação, o qual tem íntima relação com o do devido processo legal, tratando-se de duas faces de uma mesma moeda. A quinta emenda da Constituição norte-americana expressamente afirma que “ninguém será privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal” e este é um ótimo resumo do devido processo legal, mas visto da perspectiva da defesa, de outra feita tem-se que a todos será concedido o direito de ingressar em juízo para concretização e pleito de seus direitos, e isto sem entraves ou obstáculos. Tratando do acesso à Justiça, assim preceitua Paulo Roberto de Gouvêia Medina:

Quando se fala em acesso à Justiça, têm-se em vista as condições oferecidas às pessoas para postular suas pretensões, sem entraves burocráticos ou financeiros. Os ônus impostos às partes não podem ser de molde a tolher-lhes o exercício do direito de ação. Repugna, por isso, ao princípio do devido processo legal a estipulação de custas ou taxas judiciárias em valores exorbitantes. Assim como não compadece com este princípio fundamental a exigência de garantia de instância para recorrer. (2010, pág. 37)

Atente para o exemplo citado pelo doutrinador, o qual afirmou que o direito de postular suas pretensões não pode ser barrado pela burocracia ou limitações de ordem econômica como a aplicação de exorbitantes taxas judiciárias ou garantias para recurso. Em momento algum houve a defesa por uma *anarquia processual*, de modo que as pretensões seriam efetivadas de qualquer forma, mas ocorreu, sim, a defesa de um acesso justo e equitativo.

2. Desenvolvimento e aplicação

Visando alcançar uma abordagem da questão ainda mais segura e serena nada melhor do que observar como ocorreu a formação do atual modelo de acesso livre e pessoal ao judiciário e como esta se concretiza e é aceita no seio da sociedade.

2.1 Um olhar pelo mundo

Um fato é possível afirmar sem sobra de dúvidas: nem o *jus postulandi* nem a polêmica que o envolve são privilégios do Brasil. Voltando a atenção para a Europa têm-se nada menos do que nove países nos quais os advogados são dispensáveis em qualquer área de atuação, tais países são: Inglaterra, Áustria, Finlândia, Espanha, Suécia, Albânia, Bulgária, Romênia e Bósnia.

Em inúmeros outros a atuação deste profissional apenas é obrigatória em determinadas ocasiões ou fases processuais como, p.e., na República Tcheca na qual este representante precisa estar presente quando os processos alcançam a Suprema Corte.

No outro extremo desta linha temos uma série de Estados que encaram tal mediação como uma atividade única, extremamente séria e hábil a causar grandes danos, de feita que se faz necessário a sua constante observância e fiscalização. Um bom exemplo é a Itália, país no qual nenhum advogado pode adquirir o título de especialista se tiver menos de seis anos de atuação e mesmo os que atendem a tal requisito ainda tem que participar de um curso e provas regularizados pelo *Consiglio Nazionale Forense*¹, como se tal não bastasse ainda há uma limitação para as especializações reconhecidas, quais sejam, família, responsabilidade civil, comercial, trabalhista, empresarial, concorrencial, tributário, administrativo, penal e União Européia, podendo um profissional acumular apenas duas especializações.

O certo é que desde a antiguidade a advocacia era exercida por um grupo específico², fato este que ganhou grande ênfase na Grécia antiga, com seus filósofos e grandes oradores. Na Roma primitiva a advocacia era exercida com exclusividade pelos Patrícios, até a promulgação das XII tábuas, que vieram a permitir algo parecido o o livre *jus postulandi*.

Todo este cuidado e discussão levaram à criação do modelo que hoje se entende por Ordem dos Advogados, sendo que alguns atribuem sua origem a determinação do Imperador Justino³, já no século VI, enquanto outros defendem que o início da Ordem se deu França, com a qual todos os que desejassem advogar teriam que se submeter a um registro e normas específicas de atuação.

Tudo isto revela a existência de duas possibilidades básicas: de um lado tem-se aqueles que vêem a figura de um advogado como um luxo dispensável, vez que a justiça é inata ao homem e não a uma profissão específica, por outro lado há os que encaram a advocacia como uma função de alta responsabilidade, algo que beira o divino, merecendo, portanto, um intenso cuidado com quem e como advoga, sendo esta função indispensável a concretização da justiça no seio da sociedade.

2.2 Um olhar sobre o Brasil

No Brasil, a advocacia tinha por raízes as Ordenações Filipinas, que estabeleciam os requisitos mínimos pertinentes a estes profissionais, dentre os quais cite-se a necessidade do estudo das ciências jurídicas por, pelo menos, oito anos.

O que se tem nesta nação é que a capacidade postular em juízo sempre foi um tema delicado, sendo esta uma infeliz herança do período colonial. As primeiras graduações em direito em terras tupiniquins apenas foram formadas após a vinda da família real portuguesa, data até a qual os bacharéis em direito tinham que estudar em Portugal, privilégio concedido a poucos.

A criação desta e outras graduações no Brasil se tornou essencial após a independência e largamente solicitada pela população, de feita que em 1825 o imperador instituiu, por decreto, o ensino dos cursos jurídicos no Rio de Janeiro, iniciativa a qual não chegou a se concretizar. A questão foi retomada pelo Parlamen-

1 Espécie de Ordem dos Advogados da Itália.

2 Segundo fragmentos do Código de Manu aos sábios em leis cabiam a defesa dos necessitados perante autoridades.

3 Este fato é letra expressa do Código de Justiniano o qual estabelecia regras bem semelhantes as atuais.

to no ano seguinte vindo a resultar em Lei datada de 11 de Agosto de 1827, ano de fundação da Faculdade de Direito de Olinda, depois transferida para Recife e da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, atualmente vinculada a Universidade de São Paulo.

Antes disto a quantidade de profissionais devidamente habilitados era ínfima em relação ao todo populacional, de sorte que começaram a surgir inúmeros praticantes de ofícios, quer fossem médicos, engenheiros, professores ou advogados. Após a independência deu-se início a efetiva regulamentação das profissões, sendo no campo jurídico, fundado o Instituto dos Advogados, o qual teve por grande defensor Francisco Gê Acaiaba de Montezuma.

Advogados eram apenas os que detinham o título de bacharéis, sendo aos “profissionais práticos” reservado a alcunha de “rábula”, os quais tinha que possuir autorização concedida pelo Instituto dos Advogados. Tal modelo foi ainda recepcionado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 1930, vigendo até a década de 60, quando tornou-se obrigatório o título de bacharel em Direito.

Neste contexto tem-se por bom exemplo Evaristo de Moraes, notório advogado criminal do Brasil, mas que apenas se tornou bacharel aos 45 anos, ano até o qual era um rábula, eis trecho de seu discurso de formatura:

Eis-nos, enfim, bacharéis - como toda gente, dirão com sedida ironia, os impertinentes chasqueadores do bacharelismo... Todos recordamos o que disse, com experiência própria, o grande Cícero: a advocacia foi em Roma o viveiro das honras - “est corpus advocatorum seminarium dignitatum”.

Através dos séculos, vemos a advocacia enaltecida e glorificada pelo bens que promove, pelos males que evita: auxiliar da justiça, amiga natural da liberdade, inimiga capital da tirania, insuflando aos perseguidos coragem para afrontar os poderosos, a estes se impondo por sua sobranceira independência... seja permitindo ao recém-togado lembrar que, entre os muitos elogios prodigalizados à profissão da advocacia, é dos mais repetidos o do Imperador Leão, no escrito em que ele pondera que os advogados não são menos úteis à humanidade do que os que dão o seu sangue à pátria:

“A nossos olhos, os defensores do nosso Império não são somente os que combatem armados do gládio, do escudo e da couraça; também os servem os advogados, estes que, com a modéstia convinhável à verdadeira eloquência, dão esperança ao desgraçado que sofre, protegem-lhe a vida e os filhos.”

Focando na Justiça do Trabalho tem-se que esta teve origem como um órgão administrativo, assim permanecendo até por volta de 1937. Sendo, em sua essência, executivo não havia qualquer necessidade da presença de um advogado

Após o Decreto-Lei 6.596/40 deu-se a organização da Justiça do Trabalho, a qual veio a absorver conceitos básicos da esfera administrativa, com ênfase à celeridade e desnecessidade de um advogado. Com o advento da Constituição Federal de 1988, forte ênfase foi concedida a função do advogado (art. 133), o qual foi considerado essencial ao advento e concretização da justiça, destaque este que foi acentuado pelo estatuto da advocacia em 1994, lei 8.906.

Merecido destaque deve ser dado a este estatuto, que em seu art. 1º assim preceituava:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

- I - a postulação a *qualquer* órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;
- II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

Entretanto tal artigo teve, inicialmente, sua aplicação suspensa por força de uma liminar do Supremo Tribunal Federal, em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADIn 1.127-8), ao fim da qual teve-se por decidido que a expressão “qualquer” deveria ser considerada inconstitucional sob alegação de *corporativismo*⁴.

A polêmica em torno do *jus postulandi* na Justiça Trabalhista abordou tanto a sua receptividade pela

4 A decisão se deu por maioria de votos sendo publicada em 26 de Maio de 2006

Constituição Federal de 1988 como também os seus limites, sendo constantemente questionado se tal seria aceito em qualquer que fosse o caso ou mesmo se seria admitida em sede recursal.

Os defensores de sua não receptividade pela Carta Magna tomavam por fundamento o exposto no Art. 133, *in verbis*:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Entendendo que este texto teria expressamente revogado o direito das partes postularem pessoalmente em juízo. A corrente contrária se manifestava afirmando que a CLT seria, justamente, um destes “limites da lei”, vindo o Supremo Tribunal Federal a se posicionar neste sentido.

Ora, tendo o STF decidido que o *jus postulandi* do trabalhador, exposto no Art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho⁵, havia sido recepcionado pela Carta Magna de 1988, bastava agora ser decidido o que poderia ser considerado o final do processo, para, assim, se perceber com clareza onde se encontra os limites deste instrumento.

A princípio inúmeras decisões seguiam a tendência de estabelecer limites mais amplos e genéricos, chegando o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região a se posicionado da seguinte maneira:

JUS POSTULANDI. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DIRETAMENTE PELA PARTE. Nos termos do art. 791 da CLT, empregados e empregadores estão autorizados a reclamar pessoalmente na Justiça do Trabalho, além de acompanhar suas ações até o final, independentemente de estarem assistidos por advogado, permitindo-se tal atuação também na esfera recursal, sendo que as partes necessitarão de advogado apenas para postular perante órgãos que não pertençam à esfera trabalhista, no caso, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Assim, a reclamada que subscreve petição de recurso deve tê-lo regularmente processado, tendo em vista o exercício do jus postulandi. (TRT 3ª. Região, Processo nº. 00955-2006-107-03-00-7 RO, Primeira Turma, Relator Convocado José Marlon de Freitas, Publicação DJMG, 25/05/2007, Página 7)

Restando claro que entendia ser possível que a parte postulasse inclusive no Tribunal Superior do Trabalho. Entretanto tal posicionamento não se manteve, de feita que o próprio TST passou a manter postura contrária, chegando, por fim, a aprovar, em 29 de Abril de 2010, a redação da Súmula 425, a qual assim dispôs:

SÚMULA Nº 425 - JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Decisão esta que passou a ser livre e constantemente aplicada:

12907441 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. JUS POSTULANDI. ALCANCE. A regularidade processual é pressuposto de admissibilidade recursal, sob pena de não conhecimento. O jus postulandi, com o escopo de garantir o direito fundamental de acesso à justiça para o jurisdicionado hipossuficiente, confere capacidade postulatória à parte, inclusive podendo acompanhar sua reclamação até o final. Não obstante a aplicação desse princípio nesta justiça especializada, há limites para sua aplicação. O entendimento desta corte é no sentido de que nos recursos de natureza extraordinária, que requerem tecnicismos processuais, faz-se necessária a atuação de advogado devidamente habilitado para sua interposição e acompanhamento. Óbice da Súmula n.º 425 desta corte. Agravo de instrumento não conhecido. (TST; AIRR 31140-73.2007.5.18.0004; Quarta Turma; Relª Minª Maria de Assis Calsing; DEJT 04/02/2011; Pág. 1511)

5 “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

12884458 - RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Nos termos da Súmula nº 425 desta corte, o *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT limita-se às varas do trabalho e aos tribunais regionais do trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do tribunal superior do trabalho. Ação rescisória cuja extinção se decreta, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC. (TST; RO 109500-38.2008.5.09.0909; Segunda Subseção de Dissídios Individuais; Rel. Min. Pedro Paulo Teixeira Manus; DEJT 19/11/2010; Pág. 323)

Toda a discussão tinha por pano de fundo uma questão hermenêutica e lógica. Hermenêutica pois havia a necessidade de compreensão do que seria uma “reclamação padrão” e o que viria a ser seu final, restando decidido que as instâncias superiores são esferas extraordinárias de atuação, de modo que a reclamação normal, em tese, encontra seu fim nos Tribunais Regionais do Trabalho. A questão lógica toma por fundamento o próprio propósito dos Tribunais Superiores, nos quais não será discutido os fatos *per se*, mas o direito e o processo, questões estas essencialmente técnicas e burocráticas.

3. Consequências inevitáveis

Atualmente, dados divulgados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil revelam a existência de mais de 632 mil advogados neste país, isto equivale a uma média de um advogado para cada 305 habitantes. Recentes pesquisas divulgadas pela LawFuel⁶ revelam que o Brasil é o 2º país com mais advogados do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos o qual possui um advogado para cada 265 habitantes. Para se ter idéia de quão altos são estes números cite-se Portugal, conhecido pela sua alta litigiosidade, no qual existe um advogado para cada 385 habitantes. Destacando-se que no Brasil a maioria destes profissionais trabalha com porcentagens do eventual ganho, de modo que afirmar a necessidade do *jus postulandi* pela falta de profissionais capacitados é uma assertiva há anos desatualizada.

O que há de certo é que o *jus postulandi* aliena a sociedade, induzindo-a a crer que é hábil a lutar por seus direitos sem a ajuda de um profissional capacitado, visto que este é dispensável. Fato o qual não resiste a uma análise mínima, ora, é semelhante a aconselhar e induzir a auto-medicação, mas sob uma desculpa genérica e banal, como que tal não possa ocorrer em todas as ocasiões, apenas nas de menor potencial, talvez apenas para cura de dores de cabeça ou pequenas torções, entretanto há de se convir que uma simples dor de cabeça pode ser sinal de uma meningite ou mesmo um tumor, será que todos estarão aptos a reconhecer as sutis diferenças?

Apenas a imensa quantidade de advogados existentes no Brasil já é razão suficiente para não haver necessidade para o *jus postulandi*, mas mesmo que se supere tão informação ainda ter-se-á uma infinidade de outros motivos. Cite-se a obrigação do Estado em conceder justiça e dignidade, preceitos estes tidos por fundamentais pela Constituição Federal, assim, é obrigação do país conceder ao seu povo meios adequados de acesso a justiça e tal não se dá com a *auto-medicação*, mas com a disponibilização de uma assistência judiciária gratuita, ou seja, advogados habilitados e a serviço da federação para se atender o povo, a boa e velha defensoria-pública.

Entretanto ao se defender a busca por seus direitos de forma livre e pessoal a mensagem que é transmitida é de que não há uma defensoria-pública hábil e suficiente para atender a demanda, assim, se não se pode conceder os meios devidos que se entregue os fins de qualquer forma! Neste ponto um paralelo pode ser traçado com a concessão de cotas de acesso a universidade, de modo que em vez que se conceder um ensino fundamental e médio de qualidade, abrem-se as portas do superior, independente da devida qualificação, em vez de se resolver a causa, tenta-se maquiagem as conseqüências.

Na Justiça do Trabalho estas injustiças ganham contornos ainda mais preocupantes, devido a quantidade de demandas, os valores envolvidos e as drásticas conseqüências. O que geralmente se observa é que o reclamante, parte hipossuficiente da relação e, assim, naturalmente mais vulnerável, torna-se indefeso perante o advogado da outra parte, profissional treinado e competente não apenas para resolver as questões jurídicas, como também para protelá-las, ou manipulá-las com sutis subterfúgios processuais, de modo a

prejudicar a procedência dos seus direitos pretendidos na demanda, ou mesmo forçar inúmeros e constantes acordos totalmente injustos.

Falar do judiciário é tratar de toda uma ciência especializada, detentora de rituais e costumes próprios. Os profissionais que por ela se enveredam têm a difícil tarefa de adquirir toda uma nova cultura, para lhes tornar aptos a iniciar sua caminhada. Um bom exemplo de tais dificultados é a linguagem que lhe é própria, como pode um leigo compreender termos como “concluso”, “despacho” ou “acórdão”? Como poderá apresentar ou se defender de Embargos com efeitos modificativos, ou recursos ordinários ou de revistas? Como lidará com os prazos, publicações, pré-questionamentos, requisitos de admissibilidades ou pedidos contrapostos? Todos estes são pontos que para serem bem realizados exigem o preparo e a dedicação de toda uma vida.

Por certo não faltarão defensores do fim desta especificidade e ritualística, entretanto há de se convir que ela é fruto de milênios de evolução, lutas e trabalho duro, se existe tem um motivo e uma história, tem por objetivo maior a concretização do mais próximo possível da real justiça.

Mas a questão vai além dos ritos processuais, envolvendo um sério domínio do direito material, o que vem a ser a legítima defesa ou os cargos de confiança? Como calcular a hora-extra ou a hora noturna? Quais os descontos permitidos, os obrigatórios ou as convenções e princípios a serem observadas em cada caso?

O *jus postulandi* mostra-se como empecilho até para a clara comunicação, vez que quando dois indivíduos travarem um discurso sem compartilhar dos mesmos conceitos o resultado será apenas balburdia e confusão. Um cidadão comum, que não viva neste meio, não disporá dos meios necessários para o estabelecimento de uma argumentação clara, lógica e compreensível, o que prejudicará o pleito de seu direito, assim como sua própria defesa.

Neste sentido perfeitas são as palavras de André Cardoso Vasques e Otávio Augusto Xavier:

Hoje, há um sem número de categorias profissionais, cada uma com seus dissídios coletivos, acordo coletivos, cada caso possui inúmeras particularidades, os processos trabalhistas tramitam durante anos, há um número enorme de nomas, leis, portarias do Ministério do Trabalho, um jurisprudência não menos vasta e assim por diante. (2001, p. 54-55)

O advogado é o profissional devidamente qualificado para representar e defender os direitos da parte. A importância e imprescindibilidade deste profissional para o acesso à Justiça não pode ser ignorada. O Art. 131 da Constituição Federal foi claro e devidamente interpretado pela Lei 8.906/94, tal não se mostra como intuito corporativista, mas como simples aplicação da mais pura e elementar lógica. E, por mais que muitos possam dizer que a CLT venha a ser uma possível lei a impor limites a atuação do advogado, o certo é que atualmente ocorreu uma fuga ao defendido pela Assembléia Constituinte, não podendo o Art. 791 ser tido por recepcionado pelo constituinte. O intuito da norma era aproximar a sociedade das leis vigentes por meio dos advogados, trata-se de zelo para com direitos que o povo brasileiro demorou tanto para alcançar, mas que hoje são ignorados e deixados a míngua.

Há ainda de se questionar a relativização do *jus postulandi* vez que o ordenamento brasileiro apenas o permite em algumas situações bastante contraditórias: ou (i) em direitos tidos por essenciais e urgentes, p.e., nas ações que versam sobre alimentos, ou (ii) em causas de menor simplicidade e proveito econômico, p.e., nas ações cíveis com valor de causa inferior a 20 (vinte) salários mínimos. Em outros termos tem-se por permitido o livre e pessoal acesso ao judiciário nas causas extremamente importantes e nas de menor importância, eis o próprio conceito de um paradoxo!

Ainda nesta linha de raciocínio ter-se-á uma preocupante distorção do conceito de justiça, vez que, há uma valoração de direitos, encarando casos semelhantes de formas distintas. Imagine-se que determinada instituição financeira cause um dano a empresário, de modo a comprometer 50% do rendimento mensal de sua empresa, assim, facilmente haverá a superação da alçada dos juizados especiais, tendo que tal demanda ser solucionada na justiça estadual comum e sob mediação de advogados. Imagine-se, agora, que a mesma instituição causa dano que compromete 50% do salário de um comerciante, de acordo com nosso ordenamento tal demanda não é tão complexa quanto a anterior, nem seus desdobramentos tão severos quanto o exemplo prévio e, portanto, não será preciso a presença de um advogado. Pergunta-se: será isto justo? Esse comerciante enfrentará, sozinho, a mesma estrutura e advogados que o empresário, em jogo

não está apenas o rendimento de uma pessoa jurídica, mas o dinheiro para suprir de alimentos, vestuários, remédios e alimentação de toda uma família, então qual é o danos mais preocupante? Qual é realmente o capaz de gerar maiores prejuízos?

Por fim tem-se que a presença de um advogado representando as partes apresenta um benefício extra, mas deveras salutar, qual seja, ela ameniza as paixões. Em geral pode-se dizer que onde houver demandas aí haverá litígios, e onde existem litígios também ter-se-ão egos ultrajados, valores feridos e visões de mundo distintas, ou seja, uma ocasião perfeita para que uma busca por justiça se torne uma guerra pessoal. Entretanto, havendo uma representação por terceiros tais emoções poderão ser contidas a ponto de não interferirem na busca da verdade.

4. Tendências observáveis

Diante deste assunto não existem meio termos a se aceitarem, pelo menos não por muito tempo. Ocorre que a legislação brasileira e as decisões de Tribunais por todo o país findaram por manter esta nação justamente em meio a um contraditório e constrangedor impasse.

Percebe-se que o ordenamento e as relações jurídicas se tornaram cada vez mais complexas, tendo o legislador vislumbrado isto e culminado com o Art. 1º da Lei 8.906, mas, em contrapartida inúmeros magistrados, julgadores e doutrinadores não vieram a corroborar com tal mudança, se erguendo como os principais defensores do *jus postulandi* livre e pessoal. Infelizmente tal constatação apenas fortalece a velha rixa e mal estar que acompanham os relacionamentos de magistrados e advogados, tornando a sociedade refém e a mantendo a mercê de sérios danos.

O que há de concreto é que o Brasil tem caminhado para uma cada vez maior especialização do direito e do judiciário e tal tendência é perceptível desde a independência desta nação. Neste sentido cabe destacar uma das novas regras estabelecidas pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, na qual as partes ficarão proibidas de desconstituírem advogado sem antes constituir outro em seu lugar, assim, a importância do advogado é mais uma vez ressaltada em alto e bom tom.

Nos dias atuais esta nação vive o limiar de uma mudança, na qual uma escolha deverá, de uma forma ou de outra, ser tomada, entretanto pode-se adiantar que 630 mil advogados com certeza não se calarão, assim como nenhum daqueles que provaram dos danos decorrentes desta ilusão chamada *jus postulandi* das partes. Pelo bem de toda uma sociedade e pela manutenção do que se chama de direito, espera-se que tal mudança ocorra o mais breve possível.

5. Considerações finais

Ante todo o exposto torna-se claro que o livre *jus postulandi* já teve sua importância e razão de existir, mas atualmente tem sido causa de uma constante alienação da sociedade, a qual tem sido afastada da compreensão e luta por seus direitos sob uma ilusória concepção de liberdade e economia.

Neste ponto há de se observar a grande influência dos grandes grupos políticos e da imprensa dominante, casal este que apesar das constantes brigas parece compactuar com o distanciamento da sociedade do conhecimento e lutas por seus direitos, sempre induzindo ao uso exclusivo e irrestrito de vias administrativas, como o Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), em detrimento do ingresso em juízo pela satisfação de seus direitos. Não que os órgãos administrativos sejam destituídos de valor, mas qualquer um que conviva ou atue na advocacia cível conhecerá a infinidade de direitos prescritos e nunca satisfeitos que confiaram em tais órgãos.

Ora, o raciocínio é dos mais simples: os que buscam construções seguras precisam de um bom engenheiro, os que anseiam pelo cuidado de sua saúde dependem de um bom médico, assim, os que desejam resguardar seus direitos deverão ter o auxílio de um advogado. Há de se destacar que o uso de um profissional habilitado e capaz tem sido aconselhado até para as situações mais simples e cotidianas. Cada vez mais normas têm sido impostas às farmácias contra a venda de medicamentos sem prescrição, assim como, cotidianamente são efetuadas fiscalizações em construções, reformas e edifícios para observância de preceitos mínimos de segurança, todos sob responsabilidade do engenheiro responsável. Tal regra é perceptível nas mais diversas relações sociais, neste sentido, cite-se ainda a atuação dos farmacêuticos, enfermeiros, químicos, professores e administradores, entre

inúmeros outros, os quais tem sido exigidos como obrigatórios, cada um, em suas áreas de atuação.

A alegação de que depender do advogado é meio hábil a impedir o acesso à justiça nada mais é do que uma falácia, sem fundamentos e extremamente perigosa, por completo incompatível o Brasil hodierno e que deve ser forte e enfaticamente combatida. O direito de ação não se confunde com a desobediência ao procedimento e, observado o nível técnico do atual judiciário brasileiro, aqueles que se arriscam em desbravar seus caminhos sem um guia hábil está fadado a trilhar caminhos sombrios e tortuosos.

7. Referências

ALMEIDA, Ísis de. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

BREVIDELLI, Scheilla Regina. *A falácia do jus postulandi*: garantia de acesso à injustiça. Jus Navigandi, Teresina, a.6,n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2628>>. Acesso em: 26 abr. 2008.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIGLIO, Wagner D., CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêia. **Direito Processual Constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NEVES, Thiago Almeida. **O Jus Postulandi na nova justiça do trabalho**. Salvador, 2006. 54 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) Faculdades Jorge Amado. Salvador, 2006. Orientação de Profa. Geruzia Martins de Amorim de Souza.

OLIVEIRA, Jean Carlos Santos. **Jus postulandi e honorários de advogado na justiça do trabalho**. Salvador, 2006. 59 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação) Faculdades Jorge Amado. Salvador, 2006. Orientação de Profa. Vânia Chaves.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **A modernização do CPC e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

PROTÁZIO, Cristóvão. **O Jus Postulandi na justiça do trabalho**. Salvador, 2004. 50 f. Monografia (Graduação). Faculdades Jorge Amado. Salvador, 2004. Orientação da Profa. Geruzia Martins de Amorim de Souza.

SOARES, Carlos Henrique. **O advogado e o processo constitucional**. Belo Horizonte: Decálogo, 2004.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima; SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

MODELO DE HABEAS CORPUS

CARLOS BARROS

Advogado Criminalista. Professor em Cursos de Graduação e Pós-Graduação. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal. Pós-Graduando em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra - Portugal. carlos-barros@edt.adv.br

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

O advogado **CARLOS BARROS**, inscrito na OAB/PE sob o nº 24.468, com escritório no endereço constante do rodapé, vem impetrar

HABEAS CORPUS, COM PEDIDO DE LIMINAR*,

em favor do cidadão XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, brasileiro, solteiro, empresário, inscrito no CPF sob o nº xxx.xxx.xxx-xx, portador do RG nº xxxxxxxx - SSP/PE, filho de xxxxxxxxxx e xxxxxxxxxx, residente e domiciliado na xxxxxxxxxx, contra ato do **JUÍZO DA xxxª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO** nos autos do processo nº xxxxxxxxxx, o que faz com fundamento no art. 5º, LXVIII, da Carta Magna, bem como nos arts. 647 e seguintes do CPP, expondo e requerendo o seguinte:

O paciente foi denunciado perante o Juízo coator por suposta infração ao art. 304 c/c o art. 298, ambos do CP (uso de documento particular falso), eis que, segundo alegado na inicial, “apresentou, em 26/11/2002, 3ª via de nota fiscal falsa (...) à Receita Federal em Recife, a fim de garantir a impunidade do descaminho constatado no dia anterior e de viabilizar a liberação da mercadoria de origem estrangeira” (Doc. 01).

Ao tempo em que recebeu a denúncia (o que se deu em 25.05.2011), o Juízo coator decretou a prisão preventiva do paciente (Doc. 02), a qual foi concretizada em 12/06/11 (Doc. 03) e revogada em 15/06/11, mediante a assunção, por parte do paciente, do compromisso de comparecer a todos os atos do processo e de ENTREGAR O SEU PASSAPORTE (Docs. 04 e 05), o que foi cumprido (Doc. 06).

Pois bem.

Com o presente *writ*, quer-se obter a cassação da medida cautelar pessoal imposta ao paciente, consistente na retenção do seu passaporte pelo Juízo coator, eis que a sua manutenção e a conseqüente restrição ao direito de locomoção do paciente se afiguram, hoje, manifestamente ilegais, *data venia*.

É que, no caso em testilha, há flagrante EXCESSO DE PRAZO para o INÍCIO DA INSTRUÇÃO, sendo certo que a COAÇÃO ILEGAL ao direito de locomoção do paciente revela-se patente na medida em que, POR TEMPO INDETERMINADO, ele está impedido de ir aos EUA para tratar de assuntos concernentes à administração da sua empresa sediada naquele país (Docs. 07 e 07 - A).

Ora, PASSADOS 8 (OITO) MESES DA DATA DA RETENÇÃO DO PASSAPORTE DO PACIENTE (e 9 meses do recebimento da denúncia), sequer foi iniciada a instrução do feito, não obstante o processo não demandar a realização de atos ou diligências complexas, já que, na denúncia, o MPF se restringiu a arrolar uma única testemunha, nada requerendo a título de diligências, e o paciente, por seu turno, sequer arrolou testemunhas em sua defesa prévia ou requereu diligências (Doc. 08).

E, aqui, registre-se que o processo se arrasta durante todo esse tempo sem que se tenha realizado qualquer ato instrutório porque a testemunha arrolada pelo MPF (a única do processo, saliente-se), a ser ouvida por Carta Precatória, não vem sendo encontrada pelos Juízos deprecados nos diversos endereços indicados pelo *Parquet*, tanto que, por esse motivo, a audiência de interrogatório designada pelo Juízo coator para o dia 10.11.11 não pôde ser realizada, tendo sido reagendada para o dia 15.02.12 (Doc. 09), data em que, pelo mesmo motivo, também não foi realizada (Docs. 10 e 10 - A).

A propósito, registre-se que, a despeito de estar designada, para o dia 29.05.12, pelo Juízo coator, audi-

ência novamente destinada à realização do interrogatório do paciente (Docs. 10 e 10 - A), o referido ato certamente não poderá ser realizado na data aprazada, mais uma vez.

Afinal, a nova Carta Precatória recentemente expedida com o fim de se proceder com a oitiva da testemunha arrolada pelo MPF está muito longe de ser cumprida, já que o Juízo DEPRECADO sequer designou data para a realização da colheita da aludida prova testemunhal (Doc. 11), sendo certo que o interrogatório do paciente apenas poderá ser realizado se, até lá, o aludido expediente for cumprido positivamente, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa¹.

De ver-se, não se sabe, hoje, sequer quando a instrução do processo será iniciada, eis que não se tem a menor idéia de quando será realizada a ouvida da testemunha arrolada pelo MPF, ato que, necessariamente, deve preceder o interrogatório do paciente e os eventuais requerimentos de últimas diligências e as apresentações das alegações finais das partes.

Assim, repita-se: há EXCESSO DE PRAZO não apenas para a conclusão do feito, mas, o que é pior, para o início da própria instrução, e sem que o paciente tenha dado causa, de modo que A MANUTENÇÃO DA RETENÇÃO DO PASSAPORTE DO PACIENTE E O CONSEQÜENTE IMPEDIMENTO DE SUA IDA AOS EUA PARA REALIZAR ATIVIDADES LABORAIS CONFIGURAM CONSTRANGIMENTO ILEGAL AO SEU DIREITO DE LOCOMOÇÃO.

Nesse sentido, aliás, é a lição de NESTOR TÁVORA e ROSMAR ANTONNI², proferida em face da análise das novas medidas cautelares pessoais insculpidas no art. 319 do CPP após a vigência da Lei 12.403/11, nestes termos:

“(...) a razoável duração das medidas cautelares é também vetor imperativo, por conduto do art. 5º, inc. LXXVIII da CF. A DILAÇÃO EXCESSIVA DA CAUTELAR PODE TRAZER CONSTRANGIMENTO ILEGAL, afinal, MESMO SENDO SUBSTITUTIVAS DO CÁRCERE, ELAS IMPORTAM ÔNUS E LIMITAÇÃO AO IMPUTADO, INCLUSIVE QUANDO AO SEU DIREITO DE IR, VIR R FICAR, como no monitoramento eletrônico, na proibição de freqüentar determinados lugares, NA PROIBIÇÃO DE AUSENTAR-SE DA COMARCA e no recolhimento domiciliar. Portanto, A IRRAZOABILIDADE TEMPORAL DENOTA A ILEGALIDADE DA MEDIDA, DESAFIANDO MANDADO DE SEGURANÇA E ATÉ MESMO HABEAS CORPUS”.

No mesmo sentido, é a decisão proferida pela Sexta Turma do STJ nos autos do HC nº 192.069/PE, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior (jul. 25/10/2011 | DJe 23/11/2011), onde se reconheceu o excesso prazal em circunstância idêntica ao do caso ora analisado, sendo que em face de outra medida cautelar, qual seja a prisão preventiva, nestes termos:

“HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO INICIADA. DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. DEMORA INJUSTIFICADA.

CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO.

1. Este Tribunal tem entendimento pacífico de que o excesso de prazo para o término da instrução criminal deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, porquanto os prazos necessários à formação da culpa não são peremptórios, devendo-se considerar circunstâncias excepcionais, peculiares ao caso concreto, que venham a retardar dita instrução.

2. Em verdade, a aventada pluralidade de réus, a fundamentar o longo prazo para a instrução criminal, é insubsistente, pois existe apenas um réu no processo em questão, visto que os autos foram separados com relação aos outros réus - um já condenado e outro ainda não citado/preso.

3. Injustificado o atraso na colheita da prova oral, porque a única dificuldade que se vislumbra no processamento do feito se refere à expedição e ao cumprimento das cartas precatórias, ou seja, desde 14/10/2009 - data da prisão do acusado -, passados 2 anos, não houve a formação da culpa em razão de

¹ Como se sabe, após a reforma pontual sofrida pelo CPP em 2008, o interrogatório passou a ser o último ato da instrução criminal justamente para possibilitar ao acusado o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, já que, nesse momento processual, ele terá tomado conhecimento das provas contra si produzidas ao longo da instrução. Desse modo, no caso em foco, caso a testemunha arrolada pelo MPF não tenha sido ouvida até a data designada para a realização do interrogatório do paciente, este ato não poderá ser realizado na data aprazada, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que se sobrepõem ao comando do art. 222, §§ 1º e 2º, do CPP, por evidente.

² TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. Curso de Direito Processual Penal. 7ª ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2012, p. 673/674.

dificuldades enfrentadas pela autoridade judiciária de primeiro grau, não tendo a defesa dado ensejo à demora na instrução criminal.

4. *Verificado constrangimento por excesso de prazo, fica prejudicado o pedido no tocante à alegada ausência de fundamentos para a custódia preventiva.*

5. *Ordem concedida para deferir liberdade provisória ao paciente, se por outro motivo não estiver preso, ressalvando-se a possibilidade de aplicação pelo Juízo de primeiro grau de uma das medidas constritivas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, com a redação da Lei n. 12.403/2011”.*

Como se percebe, a despeito de o paciente ter se disposto a entregar o seu passaporte ao Juízo coator como medida cautelar alternativa à prisão, não pode ele continuar sendo, INDEFINIDAMENTE, tolhido do seu direito de ir aos EUA para tratar de assuntos concernentes à administração da sua empresa sediada naquele país, de modo que se revela imperioso o reconhecimento do excesso prazal ora argüido, com a conseqüente liberação do passaporte do paciente.

Nesse ponto, inclusive, registre-se que, em decorrência da manutenção da medida cautelar em foco, o paciente está prestes a experimentar um prejuízo financeiro irreparável.

Afinal, a empresa do paciente sediada nos EUA (Doc. 07 e 07 - A), sem a sua presença durante todo esse período, está prestes a encerrar as suas atividades, seja porque os órgãos responsáveis pela autorização e fiscalização da atividade desenvolvida pela aludida firma exigem a presença do paciente, seja porque a única funcionária que assessora o paciente no referido negócio se desligou do trabalho por conta do longo período de afastamento do paciente.

Registre-se, ainda, que, com o afastamento do paciente do gerenciamento da referida empresa, ela está apresentando considerável baixa nos seus rendimentos financeiros, o que pode conduzir, de igual sorte, à inviabilização do negócio e, por conseguinte, do próprio meio de subsistência do paciente.

Ademais, há que se ressaltar que, como se sabe, a teor do art. 5º, XIII, da CF, é garantia fundamental de todo e qualquer cidadão brasileiro o livre exercício do seu trabalho, daí porque o Prof. LUIZ ANTONIO CÂMARA³, ao discorrer sobre as medidas cautelares pessoais insculpidas nos art. 319, IV, e 320 do CPP (proibição de ausentar-se da Comarca/País – redação dada pela Lei 12.403/11), leciona que:

“relativamente aos limites impostos ao juiz quando verifica a possibilidade de optar pela medida sob análise é certo que não poderá ela atingir especialmente o exercício de profissão de certas categorias cuja atuação demande viagens constantes, como, por exemplo, pilotos de avião, representantes comerciais cuja atuação ultrapassa os limites da Comarca, advogados com atuação em Comarcas diversas, motoristas que se desloquem por diversos territórios, médicos ou odontólogos que têm consultórios em lugares diferentes, empregados domésticos que residem numa comarca e trabalha em outras etc.”

Por isso, arremata o referido Prof., A NECESSIDADE CAUTELAR “DEVE SEMPRE SER CONFRONTADA COM O DIREITO AO LIVRE EXERCÍCIO DE PROFISSÃO PELO IMPUTADO HAVENDO PREVALÊNCIA DESTA”.⁴

Como se percebe, imperiosa é a conclusão no sentido de que a medida cautelar imposta ao paciente deve ser cassada ou, pelo menos, substituída por outra dentre as indicadas no art. 319 do CPP, viabilizando-se, assim, o exercício, por parte do paciente, das suas atividades laborais.

E, como se tudo o quanto acima exposto já não fosse suficiente para impulsionar esse Eg. Tribunal a um entendimento positivo no tocante à necessidade da cassação da medida cautelar imposta ao paciente e da conseqüente liberação do seu passaporte, não se pode olvidar que, afora a empresa sediada nos EUA, o paciente também possui empresas no Brasil, mais precisamente em Recife - PE (Docs. 12 e 13), de modo que, já por isso, ELE NÃO TEM E NEM TERIA PORQUE TER MOTIVOS PARA SE AUSENTAR DEFINITIVAMENTE DO SEU PAÍS, EIS QUE NECESSITA ADMINISTRAR, TAMBÉM, AS MENCIONADAS FIRMAS.

Por isso, inclusive, que consta do passaporte do paciente o registro de viagens regulares tanto para o Brasil quanto para os EUA (Doc. 14).

Vale ressaltar, ainda, que, conforme comprova a documentação anexa e bem reconheceu o Juízo coator

3 CÂMARA, Luiz Antonio. Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 194.

4 CÂMARA, Luiz Antonio. Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 194.

quando da revogação da prisão preventiva imposta, o paciente possui domicílio certo no Brasil (Docs. 15 e 16 – endereço residencial | Docs. 12 e 13 – empresas em Recife - PE), não obstante também poder ser facilmente localizado nos EUA, quando ali estiver desenvolvendo suas atividades laborais, no endereço da sua empresa (Docs. 07 e 07 - A).

Isso sem falar que o paciente está quite com a Justiça Eleitoral brasileira (Doc. 17), o que demonstra o seu enraizamento no país e, portanto, que jamais esteve em local incerto ou se furtou à aplicação da lei penal.

Por outro lado, deve-se observar, também, que, mesmo considerando-se a hipótese de o paciente vir a ser condenado pela prática do delito que lhe está sendo imputado (o que só se admite para efeito de argumentação, claro), em razão de ele ser primário e portador de bons antecedentes (Docs. 18, 19 e 20), pelo fato de o suposto delito não ter sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, bem como porque todos os requisitos do art. 59 do CPB militam em seu favor, A PENA A SER EVENTUALMENTE APLICADA JAMAIS SUPERARÁ O PATAMAR DE 4 (QUATRO) ANOS, o que conduz a duas conclusões:

a) a teor do art. 44 do CPB, a hipotética pena aplicada será, indubitavelmente, convertida em pena restritiva de direitos (pena alternativa), pelo que o paciente JAMAIS CUMPRIRÁ PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, como cediço, de modo, inclusive, QUE NÃO HÁ RAZÃO PARA O PACIENTE RECEAR A EVENTUAL PENA A PONTO DE PRETENDER FUGIR;

b) A PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO RESTARÁ FULMINADA PELA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA⁵, nos termos do art. 109, IV, do CP, c/c o art. 110, § 1º e § 2º, do mesmo diploma legal (com redação anterior à Lei 12.234/10, em observância à data do suposto fato delituoso descrito na denúncia⁶), RESTANDO EXTINTA, POR CONSEQUENTE, A PUNIBILIDADE DO PACIENTE, EM RAZÃO DO QUE, DE IGUAL MODO, NÃO HÁ MOTIVO PARA O PACIENTE RECEAR A EVENTUAL PENA A PONTO DE PRETENDER EMPREENDER FUGA.

E, sendo assim, não há negar que a manutenção da medida cautelar em comento fere os princípios constitucionais da PROPORCIONALIDADE, da RAZOABILIDADE, da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, da PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA e do LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO, por isso que, também aqui, resta patente a necessidade de cassação ou substituição da medida cautelar imposta ao paciente, consistente na retenção do seu passaporte e no seu conseqüente impedimento de ausentar-se do país para realizar as suas atividades laborais no exterior.

Ante tudo o quanto acima exposto, é o presente *habeas corpus*, REQUENDO:

a) Seja deferida a LIMINAR de SUSPENSÃO, ATÉ O JULGAMENTO DO PRESENTE WRIT, DA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL IMPOSTA AO PACIENTE, CONSISTENTE NA RETENÇÃO DO SEU PASSAPORTE PELO JUÍZO COATOR, tanto porque, no caso, há a incidência do *fumus boni iuris*, ante os argumentos acima aventados, quanto porque, de igual sorte, presente se faz o *periculum in mora*, consistente no fato de que, impedido de ir aos EUA desenvolver suas atividades laborais junto à sua empresa situada naquele país, o paciente está prestes a experimentar um prejuízo financeiro irreparável, como já se demonstrou⁷.

b) No mérito, constatada a ilegalidade da manutenção da retenção do passaporte do paciente, SEJA CONCEDIDA A ORDEM, CASSANDO-SE A ALUDIDA MEDIDA CAUTELAR PESSOAL, com a ratificação da liminar, nos termos da fundamentação acima exposta.

É o que pede e espera.

Recife, 17 de fevereiro de 2012.

CARLOS BARROS

OAB/PE 24.468

*** Pedido de liminar concedido. No mérito, ordem concedida.**

⁵ Como se apreende da denúncia, o suposto fato delituoso imputado ao paciente ocorreu em 26.11.2002, e, conforme se vê dos autos, o recebimento da denúncia ocorreu em 25.05.2011, ou seja, tendo havido, portanto, entre essas duas datas, um lapso temporal de 8 (oito) anos e 6 (seis) meses.

⁶ O parágrafo 2º, do art. 110, do CP foi recentemente revogado pela Lei 12.234/2010, tendo sido afastada a hipótese de ocorrência de prescrição retroativa entre a data do FATO e a do RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. Todavia, considerando-se que a norma revogada tem caráter material (já que trata de uma hipótese de extinção da punibilidade) e é favorável ao paciente, deve ser aplicada ao presente caso.

⁷ Como se disse, a empresa do paciente sediada nos EUA, sem a sua presença durante todo esse período, está prestes a encerrar as suas atividades, seja porque os órgãos responsáveis pela autorização e fiscalização da atividade desenvolvida pela aludida firma exige a presença do paciente, seja porque a única funcionária que assessora o paciente no referido negócio se desligou do trabalho por conta do longo período de afastamento do paciente. Registre-se, ainda, que, com o afastamento do paciente do gerenciamento da referida empresa, ela está apresentando considerável baixa nos seus rendimentos financeiros, o que pode conduzir, de igual sorte, à inviabilização do negócio e, por conseguinte, do próprio meio de subsistência do paciente.

21 DE MARÇO | 9 HORAS
AUDITÓRIO DO EMPRESARIAL JCPM

Av. Eng. Antônio de Góes, 60, Pina, Recife-PE

AUDIÊNCIA PÚBLICA SOBRE O NOVO CÓDIGO COMERCIAL

A Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA), da OAB-PE, vai debater o anteprojeto do Novo Código Comercial que está tramitando no Congresso Nacional. O novo Código Comercial precisa conter o que há de mais moderno no setor e melhorar o ambiente de negócios do país. Você faz parte dessa história. E é nosso convidado para debater o Novo Código Comercial.

PARTICIPANTES

Fábio Ulhoa Coelho

titular de Direito Comercial da PUC-SP e relator da comissão de juristas do Senado Federal encarregada de elaborar o anteprojeto

Armando Rovai

presidente da Junta Comercial de São Paulo e professor de Direito Comercial da PUC-SP.

Ivanildo Figueiredo

tabelião, especialista em Direito Registral Imobiliário pela Pontifícia PUC-MG e mestre em Direito Privado pela UFPE e professor da Faculdade de Direito da UFPE.

Eduardo Serur

Faculdade de Direito da UFPE.

MODERADORES

Pedro Henrique Reynaldo Alves

presidente da OAB-PE

RonniePreuss Duarte

presidente da Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco (CAAPE)

Gustavo Ramiro

diretor geral da ESA-PE

ADVOGADO, QUER PUBLICAR NA REVISTA ADVOCATUS?

Veja as orientações para quem
desejar publicar artigos:

- ✓ Fonte: tamanho 12, times new roman, espaçamento 1,5, alinhamento justificado.
- ✓ Referências uniformes: autor-data ou sistema numérico (rodapé)
- ✓ Número de laudas: mínimo de 10 e máximo de 35
- ✓ Conteúdo obrigatório: (a) título; (b) resumo do currículo do autor; (c) bibliografia.
- ✓ Enviar para o e-mail: esa@esape.com.br





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

