

FACULDADE DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIA DE UNAÍ



FACTU
Jurídica

FACULDADE DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIA DE UNAÍ
FACTU

Revista
FACTU
Jurídica

Publicada pela

Faculdade de Ciências
e Tecnologia de Unaí

Mantenedora

Associação de Ensino e Pesquisa
de Unaí - AEPU

Presidente: Adalberto Lucas
Capanema

Diretores da FACTU

Maria José Lucas Capanema
Diretora Geral
Adelson Ribeiro da Silva
Diretor Pedagógico
Fabrícia Lucas de Mendonça
Secretária Geral

Direção da Revista

Jussara C. Moreira Capanema

Conselho Editorial

Luciano Lucas Cardoso
Orivaldo Lucas Capanema
Ângela Heloísa Benedita

Contatos

Revista FACTU JURÍDICA
Rua Rio Preto, 422 - Centro
Unaí - MG - CEP 38.610-000
Tel.: (38) 3676-6222
www.factu.br

**Ficha catalográfica preparada pela seção de catalogação e Classificação da
Biblioteca da FACTU.**

REVISTA FACTU JURÍDICA – Ano 6, n° 6 (agosto.2007). Unaí: FACTU, 2007.

Anual
ISSN 1676 - 5184

1. Direito

Proibida a reprodução total ou parcial por qualquer meio.
As matérias publicadas são de responsabilidade dos respectivos autores.

Índice

Governança Corporativa	
Renato Maso Previde.....	07
A Fidelidade Partidária e o Princípio da Segurança Jurídica (ou da Proteção à Confiança)	
Paulo Gilberto Alves de Sousa.....	17
A Fiscalização do Trabalho	
Grecilda Gonçalves Izzo, Érica Lima Alves, Marcelo Machado de Lima, Mariana Andrade Costa, Rodolfo Gabriel Cunha, Vanessa Ferreira de Queiroz.....	45
Das Funções Essenciais à Justiça	
Melissa Alves Paiva Mendonça, Luciano Lucas Cardoso.....	65
Parcerias Público-privadas: origens e modelo jurídico internacional.	
Renato Maso Previde.....	81
Os Diversos Tipos de Litisconsórcio e sua Classificação	
Luciano Lucas Cardoso, Melissa Alves Paiva Mendonça.....	101
Normas para publicação.....	131

Apresentação

A Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai – FACTU, instituição pioneira no ensino jurídico no noroeste mineiro, ao completar dez anos de relevantes serviços prestados à comunidade, tem o orgulho de apresentar mais um número da já tradicional FACTU JURÍDICA.

A FACTU JURÍDICA, como verdadeiro espaço aberto à discussão jurídica, traz a tona à produção científica de docentes e discentes diretamente ligados à FACTU, bem como possibilita aos juristas de todo o território nacional oportunidade rara para a publicação de produção científica de qualidade, o que, de forma irrefutável, engrandece e enobrece o presente veículo de propagação da cultura jurídica nacional.

A presente edição é mais uma prova concreta da seriedade com a comunidade acadêmica da FACTU encara o compromisso de formar profissionais altamente qualificados para o exercício da vida profissional, sem jamais esquecer dos valores éticos e morais tão indispensáveis ao moderno operador do direito.

Assim é que nós da Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai – FACTU, ao completar “dez anos de qualidade e compromisso com a educação superior”, nos sentimos felizes e orgulhosos em poder disponibilizar a você, estimado leitor, os presentes artigos, desejando sinceramente que sejam úteis a todos aqueles que têm sede do saber jurídico.

Professor Luciano Lucas Cardoso
Coordenador do Curso de Direito

GOVERNANÇA CORPORATIVA

Renato Maso Previde.

Advogado em Franca-SP.

Mestre em Direito Privado pela UNIFRAN

Coordenador do Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de
Bebedouro-SP

RESUMO

Em outros tempos o foco de mercado das empresas era diferente, uma vez que existia para um mesmo produto uma plataforma interna e outra externa, ou seja, existia uma visão de mercado doméstico e outro para exportação. Com o decorrer do tempo, passou a inexistir tal distinção, uma vez que os produtos detém uma plataforma mundial, sendo o mesmo produto no país de origem e no de destino, tendo em vista o fenômeno da globalização dos mercados, determinando o surgimento destas super sociedades ou empresas supranacionais que detinham grande aporte financeiro, mas que entregavam ao mercado consumidor, fornecedores e empregados várias dúvidas quanto a personalidade jurídica a ser responsabilizada, tendo em vista as associações serem cada vez mais complexas e indeterminadas, resultando em um necessário estudo para dirimir tais conflitos.

PALAVRAS CHAVE: Governança Corporativa. Direito Privado. Direito Empresarial. Gestão. Sistema Jurídico.

ABSTRACT

In other times the focus of the market companies was different, once there was an internal and an external platform for the same product, that is, there was a vision for the domestic market and one for the export one. As time went by, such distinction became non-existent, since the product detain a worldwide platform, the same product being in the country of origin and of destination, in view of markets globalization phenomenon, determining the appearance of these super societies or supranational companies which detained great financial support, but delivered to the consuming market, suppliers

and employees several doubts regarding the juridical personality to be liable, in view of the associations being increasingly complex and indeterminate, resulting in a necessary study to solve such conflicts.

KEY WORDS: Corporate Governance. Private Law. Entrepreneurial Law. Management. Legal System.

1.0. INTRODUÇÃO

Em termos históricos, até pouco tempo, a grande maioria das empresas possuíam um sistema moldado para garantir uma produção focada para o mercado interno, empregando em seu país de origem os recursos adquiridos.

Entretanto, naquele mesmo momento histórico já existiam as grandes empresas que dominavam o mercado externo, mas o foco de mercado era diferente, uma vez que existia para um mesmo produto uma plataforma interna e outra externa como, por exemplo, os veículos exportados que possuíam características diferentes de seu irmão nacional, ou seja, existia uma visão de mercado doméstico e outro para exportação.

Atualmente, inexistente tal distinção, uma vez que os produtos detêm uma plataforma mundial, sendo o mesmo produto do país de origem o de destino.

Tal situação foi necessária, tendo em vista a necessidade de redução de custos para as grandes empresas que se viram em um curto espaço de tempo concorrentes de uma empresa supranacional, onde inexistiam distinções de fronteiras com o objetivo de reduzir os custos de produção e tornar todo o contingente fornecedor em provedores com funções cada vez mais específicas, sendo que aquelas grandes empresas de outrora foram forçadas a se enquadrar neste novo mercado denominado de globalizado.

Situação exemplar ocorreu nos Estados Unidos, onde as instituições financeiras foram reduzidas a poucos núcleos que incorporavam os pequenos bancos.

Tal situação determinou a realização pelo governo americano do chamado *Antitrust Revolution*¹ com o intuito de entregar ao mercado maior competitividade frente aos grandes grupos que começavam a ameaçar as instituições americanas.

Entretanto, posteriormente, foi verificada a ausência de concorrência dentro do mercado norte-americano, uma vez que os grandes núcleos financeiros americanos formados através das fusões e incorporações não permitiam mobilidade ao mercado interno.

Assim, o governo americano novamente interferiu no mercado impondo a chamada *concorrência potencial*, onde as empresas não poderiam incorporar outra, mas constituir nova empresa pelo fato de tê-la adquirido.

Tal determinação foi fundamentada na função social da empresa em busca de maior concorrência e desconcentração do mercado, originando associações entre a Toyota e a General Motors, em 1983; Mitsubishi e Chrysler, em 1985; Suzuki e General Motors, em 1986; Mazda e Ford, em 1986; Honda e Rover, em 1986; Mitsubishi e Volvo, em 1990 e outras².

Desta forma, podemos perceber a realização de grandes associações que trariam a idéia de empresas supranacionais e detentoras de enorme capacidade financeira para conquistar o mercado internacional e diluir seus custos de produção, rompendo com as fronteiras nacionais e globalizando os meios de produção.

Esta realidade acabou por determinar o surgimento destas super sociedades que detinham grande aporte financeiro, mas que entregavam ao mercado consumidor, fornecedores e empregados várias dúvidas quanto a personalidade jurídica a ser responsabilizada, tendo em vista as associações serem cada vez mais complexas e indeterminadas.

1 MAGALHÃES, José Carlos de. **A concentração de empresas e a competência do CADE**. São Paulo, RDM, 119/40-41, janeiro-março de 1999.

2 José Carlos de Magalhães, ob. cit., p. 41.

2.0. A TEORIA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA DA EMPRESA COMO PONTO DE ENCONTRO ENTRE CULTURA, SOCIEDADE E DIREITO. AS DUAS ALMAS: CONTRATUAL E ORGANIZATIVA DO SISTEMA JURÍDICO. EM DIREÇÃO A UM MODERNO DIREITO RACIONALIZADOR E DE GESTÃO ECONÔMICA.

Diante do exposto na introdução, a formação destes agrupamentos de empresas geradoras das chamadas empresas supranacionais pode ocorrer de duas formas³:

- a) processo de concentração; e
- b) processo de cooperação.

Por intermédio do processo de cooperação há a formação de um ente despersonalizado, com o fim de atingir uma finalidade comum convencionado pelas entidades controladas com duração limitada à obtenção do fim estipulado, sendo denominadas tais associações de cooperativas de consórcio.

Utilizando o processo de concentração, teremos a formação de um ente despersonalizado de duração ilimitada, denominados de *Groupement d'Intérêt Économique*, em França; *Groupement de Coopération Économique*, na Bélgica; *Agrupamento Complementar de Empresas*, em Portugal; *Sociedad de Sociedades*, na Espanha⁴ e *Sociedades de Segundo Grau*, no Brasil, segundo denominação expressa por Fábio Konder Comparato⁵.

Podemos individualizar a concentração em duas espécies:

- a) grupos de sociedades de fato; e
- b) grupos de sociedades de direito.

No grupo de sociedades de fato, temos que como caracterização deste grupo a vedação dos entes que fazem parte deste

3 LOBO, Jorge. **Direito dos grupos de sociedades**. São Paulo: Malheiros, RDM 107/104, julho-setembro de 1997.

4 Jorge Lobo, ob. cit., p. 104-105.

5 Jorge Lobo, ob. cit., p. 111.

de perseguirem fins comuns estabelecidos pela entidade controladora, bem como a vedação de privilégios entre controladas e mesmo entre controladas e controladora, podendo existir negócios jurídicos apenas comutativos ou com pagamento compensatório.

Em razão do grupo de sociedades de direito, não vige a vedação das controladas exercerem sua atividade em razão de objetivo comum traçados pela entidade controladora, caso isto seja estabelecido em convenção, sem perda da autonomia jurídica.

Tais super sociedades entregaram ao mercado consumidor, fornecedores e empregados várias dúvidas quanto a personalidade jurídica a ser responsabilizada, tendo em vista as associações serem cada vez mais complexas e indeterminadas, sendo praticamente inconcebível à pessoa média a identificação do responsável pelo inadimplemento de uma obrigação.

Diante desta preocupação surgiram duas correntes que procuraram viabilizar meios hábeis a inserir responsabilidades nestes grupos societários, sendo analisados quanto a existência de personalidade ou não do ente criado através das associações empresariais originadas.

Na visão de Jorge Lobo⁶, o grupo formado pelas sociedades grupadas deveria receber uma personificação jurídica para melhor distingui-la das demais, sendo um meio para identificar e responsabilizar a pessoa jurídica detentora do patrimônio, uma vez que esta sociedade controladora seria responsável pelas demais por firmar objetivos a serem perseguidos pelas demais sociedades controladas.

Assim, as sociedades controladas passariam a desfrutar de, praticamente, uma salvaguarda, pois seguiriam tão somente as determinações da sociedade controladora, uma vez que esta dispõe sobre a remessa de lucros ou prejuízos, deslocamento de patrimônio e pactuação de obrigações de risco por parte de uma sociedade controlada.

⁶ Jorge Lobo, ob. cit. p. 114.

Portanto, a controladora seria responsável por possuir toda a liberdade em dispor sobre a administração da controlada, em uma autêntica autoridade administradora de mandos e desmandos sobre a existência da sociedade sob seu controle, devendo, por isso, responder com seu patrimônio pelas situações deficitárias que a controlada possa passar.

No entanto, conforme expõe o próprio autor⁷, tal personificação gera uma individualização exacerbada da controladora em relação à controlada, pois é inerente à personalização da sociedade a origem da independência, autonomia e plena capacidade de sua individualidade, patrimônio e individualização perante seus sócios, podendo assumir obrigações estranhas às obrigações dos sócios, bem como direitos.

Neste mesmo entendimento foi concebida a norma escudada no artigo 266 da Lei 6404/76, onde determina que “...cada sociedade conservará personalidade e patrimônio distintos”.

Desta forma, temos que a responsabilização de uma controlada por atos da controladora ou da controladora sob atos desencadeados pela controlada seria um tanto quanto difícil de comprovação, sendo necessária uma ampla comprovação probatória que demandaria longo tempo para a entrega de uma solução justa ao ente prejudicado, seja consumidor, empregado, fornecedor, Estado ou instituição financeira.

Neste diapasão, acabamos por concordar com o ensinamento do Prof. José Antunes⁸, de forma que a personalização da sociedade controladora acabaria por criar um ente limitado e fechado quanto às suas decisões frente às sociedades controladas, demandando na ocorrência de uma burocracia no momento da responsabilização da sociedade controladora, uma vez que necessária a comprovação da má-fé junto à convenção realizada ou má administração para ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica desta.

7 Idem, ob. cit. p. 110.

8 ANTUNES, José. **Os grupos de sociedades**. Lisboa: Almedina, p. 128, 1993.

Entretanto, através do ensinamento do Mestre José Antunes, a sociedade controladora formada passaria a ser constituída das seguintes características:

- a) pluralidade jurídica;
- b) flexibilidade organizativa.

A característica da pluralidade jurídica seria concretizada no momento em que as sociedades controladas possuíssem meios para aí sim neste momento, utilizarem de sua autonomia, independência e plena capacidade para gerir a controladora como em um grupo na correta aceção do termo.

A flexibilização organizativa derivaria da primeira característica, uma vez que as responsabilidades da controladora poderiam ser divididas pelas diversas controladas, ocorrendo uma descentralização que traria ganho de eficiência para o grupo, “limitando-se a sociedade mãe a intervir em matérias absolutamente estratégicas para a sobrevivência, liquidez e maximização lucrativa do grupo (maxime, centralização das finanças)”⁹.

Posto isto, acreditamos que a controladora despersonalizada traria maior responsabilização por parte das controladas, concorrendo para maior clareza de procedimentos tão preconizada pelo mercado nos tempos atuais, por intermédio da governança corporativa.

Governança corporativa pode ser traduzida como “um conjunto de instrumentos públicos e privados, incluindo leis, regulamentos e práticas comerciais que organizam e comandam a relação, numa economia de mercado, entre os controladores e administradores de uma empresa, de um lado, e aqueles que nela investem recursos, de outro”¹⁰.

Dentro destes padrão mencionado acima, podemos colocar em prática o exposto pelo autor Cristóbal Molina Navarrete, em seu *El*

9 Idem, ob. cit., p. 130.

10 SANTOS, Aline de Menezes. **Reflexões sobre a governança corporativa no Brasil**. São Paulo: Malheiros, RDM 130/180, abril-junho 2003.

derecho nuevo de los grupos de empresas, onde a preocupação pela busca de uma clareza nas relações entre os grupos de empresas e as outras partes integrantes do feixe de contratos realizados com aqueles, possam ter uma segurança jurídica quanto ao seu cumprimento e de que as regras contidas na legislação mercantil tenham a capacidade de resguardá-los quando necessário.

Há a busca, portanto, da efetividade da norma encartada na legislação mercantil, trabalhista, fiscal e consumeirista em proteger os direitos das partes que acreditaram no grupo empresarial, realizando o feixe de contratos e investindo seus recursos em um ente que, devido ao seu poderio, permanece como uma identidade nebulosa perante estes, ou seja, perante os empregados, acionistas ou quotistas; credores e Estado.

Tal necessidade de busca pela efetividade da norma jurídica e acompanhamento desta em relação ao intenso desenvolvimento de novos conceitos mercantis e relações jurídicas são necessárias para entregar maior transparência das atividades do grupo de empresas a seus investidores, uma vez que estes não possuem como fiscalizar sociedades globalizadas que se transformam em supranacionais.

3.0. CONCLUSÃO

Os grupos societários supranacionais possuem uma estrutura que apresenta alto grau de complexidade e indeterminação quanto ao agente gestor, sob a análise de investidores que correspondem ao padrão do homem médio, ou seja, aquela pessoa que detém os conhecimentos necessários para sua preservação, possuindo capacidade cognitiva em relação ao seu trabalho e frente a uma comunidade moderna, mas que lhe foge o entendimento sobre questões por demais específicas que estão alheias ao seu universo de contatos e conhecimentos.

Por isso, o homem médio deve possuir um aparelhamento de defesa ofertado pelo Estado para que seja colocado a sua disposição quando necessário reaver o investimento realizado frente a um grupo de sociedades, lembrando que este investimento está exemplificado no feixe de contratos realizado entre a empresa e seus empregados,

consumidores, instituições financeiras, fornecedores e o próprio Estado (todos investidores).

Tal defesa deve ser oferecida pelo Estado, tendo em vista o gigantismo que os grupos societários supranacionais possuem, devendo ser instigados a ofertar transparência aos seus parceiros através de outro ente que tenha tamanha organização e poderio quanto os próprios grupos, sendo, portanto, essencial que a governança corporativa exista para a entrega desta segurança jurídica, atestada pelo mercado e pelo Estado.

Finalizando, concluímos com o ensinamento do Prof. Luis Roberto Barroso: “a norma jurídica deve, antes e acima de tudo, buscar a sua efetividade, isto é, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ele representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão última quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”¹¹.

4.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, José. *Os grupos de sociedades*. Lisboa: Almedina, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOBO, Jorge. *Direito dos grupos de sociedades*. São Paulo: Malheiros, RDM 107/104, julho-setembro de 1997.

NAVARRETE, Cristóbal Molina. *El derecho nuevo de los grupos de empresas: entre libertad y norma*. Madri: IBIDEM.

SANTOS, Aline de Menezes. *Reflexões sobre a governança corporativa no Brasil*. São Paulo: Malheiros, RDM 130/180, abril-junho 2003.

¹¹ BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Renovar, p. 79.

A FIDELIDADE PARTIDÁRIA E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA (OU DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA)

Paulo Gilberto Alves de Sousa.
Advogado em Unai –MG.
Bacharel em Direito pela FACTU.

RESUMO

Em recente e polêmica decisão, o STF assentou que a infidelidade partidária desmotivada é causa ensejadora da perda do mandato do parlamentar que deixa o partido pelo qual foi eleito. Por maioria, concluiu que é possível inferir a fidelidade partidária como valor especialmente protegido pelo ordenamento constitucional, ampliando, assim, as hipóteses contidas no então rol taxativo do art. 55 da Constituição de 1988. A nova orientação pretoriana foi tomada na esteira do entendimento expendido pelo Tribunal Superior Eleitoral na Consulta nº 1398/DF, formulada pelo então Partido da Frente Liberal (hoje DEM), e publicada em 27 de março de 2007, e rompe com a então vigente interpretação do Excelso Sodalício, manifestada, v.g., nos autos dos MS nºs 20927/DF (1989) e 23405/GO (2004). Além de modificar a jurisprudência então dominante, a Corte Suprema atribuiu-lhe efeitos *ex tunc*, mais precisamente à data da publicação da resposta do TSE à consulta formulada pelo PFL, alcançando, assim, situações já consolidadas no tempo, e colocando em risco o mandato de centenas e centenas de parlamentares brasileiros. Tal decisão, contudo, de natureza eminentemente constitutiva, deveria operar efeitos *ex nunc* e não retroativos, pena de violar o princípio da segurança jurídica, na sua dimensão subjetiva (da proteção à confiança), eis que os jurisdicionados que exerciam mandatos eletivos confiavam nas decisões então vigentes, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na qualidade de Guardião da Constituição Federal. Derradeiramente, ao atribuir a uma consulta cuja natureza jurídica é meramente administrativa excepcional valor jurídico, a ponto de fazer retroagir a decisão à data de sua publicação pela Corte Superior Eleitoral, o Pretório Excelso abdicou, ainda que indiretamente, de sua função de Corte Constitucional.

PALAVRAS CHAVE: Fidelidade Partidária. Perda de mandato. Proteção à Confiança. Retroatividade. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

In recent and controversial decision, the STF stated that the unfounded partisan infidelity is the cause of the parliamentary mandate loss which leaves the party for which it has been elected. For the majority, it has been concluded that it is possible to infer the partisan allegiance as especially protected value by the constitutional order, extending, thus, the hypotheses contained in the taxing roll of art. 55 of the Constitution of 1988. The new jurisprudence was taken in the mat of the agreement displayed for the Electoral Superior Court in the Consultation n° 1398/DF, formulated by the Liberal Front Party (today DEM), and published on March 27 of 2007, and it breaks with then the effective interpretation of the Supreme Cut, revealed, v.g., in files of legal documents of the MS n°s 20927/DF (1989) and 23405/GO (2004). Besides modifying the dominant jurisprudence, the Supreme Court attributed to it *ex tunc* effects, more necessarily to the date of the publication of the reply of the TSE to the consultation formulated by the PFL, reaching, thus, time consolidated, and placing in risk the mandate of hundreds and hundreds of Brazilian parliamentarians. Such decision, however, of eminently constituent nature, was supposed to *ex nunc* effects and not retroactive effects, penalty to violate the principle of the legal security, in its subjective dimension (from protection to confidence), here it is that those who apply the jurisdiction that exercised elective mandates trusted in the effective decisions, pronounced by the Supreme Federal Court in the quality of Guardian of the Federal Constitution. Last, when attributing to a consultation whose legal nature is mere administrative exceptional juridical value, to the point of making the decision to the date of its publication for the Electoral Superior Court retroact, the Court of law abdicated, although indirectly, of its function of Constitutional Court.

KEY WORDS: Fidelity Supporter. Mandate Loss. Protection to the Confidence, Retroactivity, Juridical Safety.

1.0. INTRODUÇÃO

Em recente e polêmica decisão, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se no sentido de que o nosso ordenamento jurídico alberga, ainda que implicitamente, a fidelidade partidária como um valor jurídico especialmente tutelado. Como consequência desse novo entendimento, considerou que os parlamentares infiéis – ou trânsfugas -, assim considerados aqueles que deixaram os partidos pelos quais foram eleitos e ingressaram em outras legendas, podem perder os respectivos mandatos.

Nasceu, assim, para os partidos políticos – a quem pertenceriam as vagas obtidas nas eleições – o direito subjetivo de reclamá-las junto aos respectivos órgãos legislativos, após procedimento conduzido na órbita da Justiça Eleitoral em que se assegure o exercício da plenitude de defesa e do contraditório.

Abstraindo a questão de fundo que suscitou essa novel orientação pretoriana, proferida nos autos dos Mandados de Segurança nºs 26602, 26603 e 26604, o Tribunal surpreendeu o mundo jurídico ao atribuir-lhe efeitos retroativos, admitindo que as transferências partidárias realizadas a partir de 27 de março de 2007 podem ser sancionadas com a perda de mandato.

A fixação dessa data levou em conta a publicação de resposta dada pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE – à consulta 1398, formulada pelo antigo Partido da Frente Liberal – PFL – sobre a possibilidade de reclamar, administrativa ou judicialmente, as cadeiras obtidas nas eleições proporcionais na hipótese de os eleitos ingressarem em outras agremiações partidárias.

Como é de domínio geral, a consulta foi respondida positivamente, fato que possibilitou ao partido consulente reclamar à Mesa da Câmara dos Deputados, por simples petição, a declaração de vacância do mandato dos parlamentares que, eleitos sob aquela bandeira, migraram para outras siglas.

Indeferido o pedido, no plano administrativo, o PFL – hoje denominado DEM -, secundado pelo PSDB e pelo PPS, aviou ação

mandamental junto ao STF, alegando o direito líquido e certo de manter, na Câmara dos Deputados, a mesma representação eleitoral obtida nas eleições e requerendo a declaração de vacância dos mandatos para essa finalidade.

Não obstante a segurança tenha sido negada (salvo, parcialmente, quanto ao MS 26604), a Corte Suprema – vencidos os ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowsk - ratificou o entendimento inédito pronunciado pelo Tribunal Superior Eleitoral, fixando a data de 27 de março como marco inicial para aferir a infidelidade partidária. Os Ministros Marco Aurélio Mello e Carlos Ayres Britto defendiam a retroatividade da decisão à data de início da atual legislatura.

E é exatamente a retroatividade dessa decisão o objeto de nossas considerações. Pretende-se, sem a aspiração de esgotar o tema, confrontá-la com o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança, haja vista a radical mudança em relação à orientação pretoriana então vigente.

Neste artigo, abordaremos ainda a natureza jurídica da decisão (acórdão) da Suprema Corte e a sua eficácia, considerando a classificação das sentenças no Direito Processual Brasileiro. Discorreremos sobre a jurisprudência enquanto fonte ou forma de manifestação e criação do Direito. Examinaremos, ainda que perfunctoriamente, a aplicação do princípio da segurança jurídico na esfera do Direito Administrativo.

Tendo em vista a força jurídica atribuída à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, será analisada a natureza jurídica das consultas respondidas pelo referido órgão. Também sob essa mesma perspectiva – da retroatividade da decisão tendo em conta a opinião exteriorizada pela mais alta Corte da Justiça Eleitoral -, cogitaremos da possível delegação de competência realizada, indiretamente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Derradeiramente, tendo sempre em mira o princípio da segurança jurídica ou da proteção da confiança, perquiriremos sobre a retroatividade da decisão em contraposição ao princípio da isonomia

ou da igualdade jurídica, valor imanente ao Estado Democrático de Direito.

2.0. DA JURISPRUDÊNCIA ENQUANTO FONTE CRIADORA DO DIREITO

Todos os que se iniciam no estudo da ciência jurídica são apresentados à questão relativa às formas de expressão ou manifestação do Direito. É dizer, as maneiras como se exterioriza - ou se revela - o Direito enquanto ciência apta a transformar o mundo das coisas.

Há uma denominação clássica para essas formas de manifestação, consagrada pela corrente de pensamento dominante: *fontes do direito*. Como uma das poucas vozes dissonantes quanto ao uso disseminado dessa expressão, encontramos FRANÇA, para quem, do ponto de vista exclusivamente técnico-jurídico, o mais apropriado é referir-se - às *formas de expressão do direito*, já que nenhuma daquelas classicamente reconhecidas indica, de fato, de onde provém o Direito.

Sem a pretensão de discutir a adequação técnica da expressão *fontes do direito*, didaticamente são divididas em fontes primárias e secundárias, embora alguns autores se neguem a admitir hierarquia entre as diversas formas de manifestação do direito. A lei - e apenas a lei, em sentido estrito - é reconhecida como fonte primária do direito. As fontes secundárias são a doutrina, a jurisprudência, os costumes e os princípios gerais de direito.

Qualquer estudante de direito tem em conta essa classificação. Significa dizer, portanto, que a jurisprudência - compreendendo o conjunto de reiteradas decisões dos tribunais sobre um determinado tema - constitui fonte secundária do direito, hábil, portanto, a criar, no plano concreto, direito novo, ainda que pela via da interpretação das normas jurídicas.

Embora a jurisprudência seja despojada do atributo da vinculação - dada a dimensão dinâmica do próprio direito e o princípio da livre convicção do juiz -, com exceção da Súmula

Vinculante introduzida recentemente na ordem jurídica pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tem ela força suficiente para orientar os destinatários da norma. Dizendo de outro modo: as reiteradas decisões dos tribunais, quando proferidas sobre direito contemporâneo e vigente, são dotadas de indiscutível força jurídica e constituem um norte não apenas para os operadores do direito como para o cidadão comum.

Assentado, portanto, que a jurisprudência é fonte de direito dotada de força para determinar a conduta do homem em sociedade, é preciso conhecer, quanto à matéria aqui discutida, a interpretação da Constituição Federal, dada pelo Pretório Excelso, a propósito da fidelidade partidária, já na vigência da Constituição Federal de 1988, que, neste ponto, manteve-se inalterada desde a sua promulgação.

Até a decisão que motivou a discussão suscitada por este artigo, o entendimento não apenas predominante, mas consolidado no STF, era de que a fidelidade partidária, inobstante constituir um valor jurídico, não autorizava a aplicação de qualquer sanção jurídica na hipótese de sua violação. Eventual alteração na composição dos órgãos legislativos, por meio do troca-troca de partidos, não era causa de perda de mandato, por não constar, expressamente, do rol taxativo do art. 55 da Constituição Federal.

Essa orientação foi tomada nos autos do MS nº 23405/GO, sendo Relator o Ministro Gilmar Mendes, julgado pelo Tribunal Pleno em 22 de março de 2004 e publicado em 23 de abril de 2004. Anteriormente, porém, o Supremo já havia fixado esse mesmo entendimento, ao apreciar o MS nº 20927/DF (1989), concluindo que, em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela justiça eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. Ficou ementado, ainda, que a inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estendia, no silêncio da Constituição e da Lei, aos respectivos suplentes.

O voto condutor nessa ação, do Ministro Moreira Alves, é

solar no sentido de que a infidelidade partidária não constituía causa de perda de mandato, em razão da taxatividade (*numerus clausus*) do art. 55 da Constituição Federal¹.

Esse entendimento predominou até a publicação, no dia 19 de outubro, dos acórdãos dos Mandados de Segurança 26602, 26603 e 26604, que, na contramão da argumentação então vigente, reconheceu a infidelidade partidária como causa idônea a ensejar a sanção jurídica da perda de mandato.

Aqui, reside, portanto, o ponto nodal da questão: até meados de outubro deste ano, quando a Suprema Corte reformulou a sua orientação quanto ao assunto, a jurisprudência mansa e pacífica era no sentido de que a mudança de partido, apesar do sistema representativo proporcional mantido pela Carta de 1988, não era causa suficiente para impor como pena capital – para aqueles que exercem cargos eletivos – a perda do respectivo mandato.

Tinha essa orientação jurisprudencial, enquanto fonte de direito, força jurídica? Estava capacitada a orientar a conduta das pessoas a quem se dirigia? Aqueles que confiaram nessa posição da mais Alta Corte do Estado – tomada, repita-se, reiteradas vezes e no exercício de uma competência constitucional indelegável – foram, de alguma forma, prejudicados pela súbita guinada no entendimento então predominante, a que se atribuiu efeitos retroativos?

A resposta a esses questionamentos passa pelo exame sobre a

1 “Com a Emenda Constitucional nº 25/85, deixou de existir esse princípio da fidelidade partidária e, em razão disso, a mudança de partido por parte de Deputado não persistiu como causa de perda de mandato, revogado o inciso V do art. 35 que enumerava os casos de perda de mandato.

Na atual Constituição, também não se adota o princípio da fidelidade partidária, o que tem permitido a mudança de Partido por parte de Deputados sem qualquer sanção jurídica e, portanto, sem perda de mandato.

Ora, se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças ao voto de legenda), quer isso dizer que, apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (arts. 5º, LXX, “a”; 58, § 1º; 58, § 4º, 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda de mandato, para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o art. 55.”

natureza jurídica das sentenças e de sua eficácia, bem como pelo confronto da retroatividade da decisão com os princípios da proteção da confiança e da igualdade jurídica.

3.0. CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Foi Pontes de Miranda quem, entre nós, pela primeira vez, percebeu que as ações e, por conseguinte, as sentenças deveriam ser classificadas de acordo com a preponderância de seu potencial resultado no mundo da vida.

O genial jurista brasileiro, com essa premissa, adotou uma classificação quinária das sentenças, reconhecendo a existência daquelas cujo conteúdo pode ser declaratório, condenatório, constitutivo, mandamental ou executivo.

Foi o mesmo Pontes de Miranda, mais claramente do que qualquer outro processualista, que reconheceu a inexistência de sentenças puras:

"Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente constitutiva. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva".

De fato, é incontroverso que toda sentença contém em si mesma uma declaração, ainda que não seja exclusiva ou genuinamente de natureza declaratória (ou seja, restrita apenas a declarar a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou de um fato jurídico). Costuma-se dizer, então, que a declaração é a eficácia comum a todas as sentenças.

As sentenças de natureza mandamental, executiva e condenatória, apesar de sua importância no âmbito do Direito Processual, não serão aqui examinadas, posto não serem relevantes para o deslinde da questão em debate.

Com efeito, diante da classificação clássica das sentenças, importa compreender a dimensão da sentença constitutiva, assim considerada aquela dotada de capacidade para criar, modificar ou extinguir uma relação ou situação jurídica. Vale dizer, de alterar o status jurídico vigente.

A sentença constitutiva proferida em processo de jurisdição contenciosa declara o direito à mudança jurídica. "O objeto da sentença constitutiva", diz CHIOVENDA, *"é a vontade concreta de lei por força da qual se deve produzir a mudança, ou, em outros termos, o 'direito à mudança jurídica."*

Nota característica apontada pela doutrina quanto à sentença constitutiva é a capacidade de que é dotada para satisfazer o direito declarado, independentemente de se manejar qualquer outra ação com esse desiderato.

4.0. A NATUREZA JURÍDICA DO ACÓRDÃO DO STF

Todos sabem que a decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a infidelidade partidária como causa inata a ensejar a perda de mandato daqueles que deixam o partido por que foram eleitos foi tomada no bojo de três mandados de segurança, embora a ordem tenha sido negada justamente em razão de se admitir a retroatividade dessa decisão à data de 27 de março de 2007.

De acordo com a célebre classificação quinária das sentenças, construída a partir do lapidar magistério de Pontes de Miranda, qual seria a natureza jurídica dessa decisão da Suprema Corte? Teria ela conteúdo meramente declaratório ou, ao revés, constitutivo?

O mandado de segurança – que alguns autores se negam a admitir como ação autônoma – pode revestir-se da forma simplesmente declaratória ou constitutiva, de acordo com pedido que contenha. Essa é a inteligência sustentada pelo ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio de Pádua Ribeiro, manifestada no artigo intitulado “MANDADO DE SEGURANÇA: alguns aspectos atuais, de cujo conteúdo extraímos a seguinte passagem:

“Embora mandado de segurança seja considerado ação pela doutrina dominante, a sua classificação no quadro das ações é objeto de controvérsia. Afigura-se-me, porém, correto o entendimento daqueles que, à vista da tutela jurisdicional invocada, classificam o mandado de segurança como ação de conhecimento que assume a forma meramente declaratória (nulidade do imposto lançado, por inconstitucional), ou constitutiva (os destinados a impor uma obrigação de fazer ou não fazer: liberação de coisa apreendida, sustação da cobrança de tributos, reintegração de funcionário, determinação para a entrega de documento).”²

Evidente que os exemplos mencionados pelo autor, comuns nessa espécie de ação, não guardam qualquer relação com a magnitude da tutela invocada nos mandados de segurança recentemente julgados pelo STF.

Nem por isso, contudo, é possível desconhecer a natureza constitutiva da decisão, na medida em que modificou situação jurídica então existente, sem, contudo, reconhecer na prática do ato em si qualquer ilicitude.

No instante em que se afirma a infidelidade partidária como causa de perda de mandato - extraindo o suporte fático-jurídico para essa afirmação de uma alegada interpretação sistemática do texto constitucional, à míngua de inclusão dessa hipótese, de forma expressa, no rol taxativo do art. 55 da Constituição -, força reconhecer o aspecto constitutivo dessa decisão, suficiente para modificar situação jurídica então existente.

Parece não haver dúvida, portanto, de que a decisão exarada nos autos dos referidos mandados de segurança tem natureza constitutiva, pelas razões já invocadas. Resta, então, examinar a sua eficácia, para saber se pode produzir efeitos retroativos ou, se ao contrário, somente poderia incidir para o futuro.

2 Artigo publicado na Revista Brasileira de Direito Processual n. 39, p. 33-50, Forense, 1986

5.0. EFICÁCIA DA SENTENÇA CONSTITUTIVA

As sentenças proferidas pelo STF, ao reconhecerem a infidelidade partidária como causa suficiente para autorizar a perda de mandato, produziram uma mudança no mundo jurídico, sendo dotadas, portanto, de constitutividade por criar ou permitir a criação – ou ao menos a modificação – uma relação ou situação jurídica preexistente.

A propósito deste traço característico da sentença constitutiva, pontifica o Prof. Hermes Zaneti Junior:

*“Portanto, o fator distintivo na sentença constitutiva (que é justamente aquela em que prepondera a eficácia constitutiva) revela-se na atividade criadora, quer seja no modificar, no extinguir ou no constituir, de situação ou relação jurídica diversa da existente no momento anterior a sua prolação.”*³

Uma sentença de tal natureza, prolatada na esteira da revisão do entendimento quanto ao valor jurídico atribuído à fidelidade partidária e aos efeitos decorrentes de sua violação, possui, indiscutivelmente, aptidão para alterar a situação jurídica anterior, sendo dotada de eficácia modificativa, mais até que a simples declaração da possibilidade da perda de mandato, que, de resto, lhe é ínsita.

Tanto assim que, relativamente ao Mandado de Segurança 26604, aviado pelo PPS, a decisão da Suprema Corte foi no sentido de conceder parcialmente a ordem, em relação à Deputada Federal Jusmari Terezinha de Souza Oliveira, que deixou o partido pelo qual foi eleita para ingressar em outro após 27 de março de 2007, determinando ao Presidente da Câmara dos Deputados a remessa de pedido de declaração de vacância do posto por ela ocupado ao Tribunal Superior Eleitoral.

Como regra geral, a doutrina predominante reconhece que as

3 A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial, disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo10.htm>

sentenças constitutivas produzem efeitos para o futuro (*ex nunc*). Em certas situações excepcionais, previstas, quase sempre, na própria norma adjetiva, admite-se a possibilidade de produzir efeitos retroativos (*ex tunc*), quase sempre para desfazer um ato ou uma relação jurídica viciados na origem

Para Dinamarco os efeitos da sentença constitutiva atingirão a situação existente no momento da sentença, a qual teria eficácia *ex nunc*, e não *ex tunc*.

Cintra é de idêntica opinião, com pequenos traços distintivos, pontificando que os efeitos da sentença são, preferencialmente, para o futuro, embora excepcionalmente possam elas produzir efeitos para o passado.

Pontes de Miranda, por sua vez, reconhece a possibilidade de haver efeitos retroativos nas sentenças predominantemente constitutivas, mas o faz, neste ponto, tendo em vista as situações ou relações que contenham a peja da nulidade:

“A eficácia da sentença constitutiva é, quase sempre, ex nunc, mas há eficácia ex tunc, como ocorre em se tratando de anulações, ou de decretação de nulidade.”

Ainda que pareça correto admitir a possibilidade de dupla eficácia das sentenças constitutivas (tanto para o futuro quanto para o passado), a distinção está em que esta última somente ocorrerá excepcionalmente, sempre considerando a nulidade do ato ou da relação posteriormente modificada.

Este não parece ser o caso das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, eis que, apesar de admitir a fidelidade partidária como bem juridicamente protegido pela Constituição, a ponto de sancionar a sua violação com a perda de mandato, reconheceu que o simples ato de filiar ou de desfiliar não constitui ato ilícito, já que o direito à livre associação constitui uma garantia fundamental. Ao ingressar ou sair de um partido político, portanto, qualquer cidadão o faz no exercício regular de um direito, não havendo, no ordenamento, sanção para atos de livre disposição como

este.

Vale dizer, portanto, que não se pronunciou nulidade no ato de filiação ou de desfiliação dos parlamentares. Mesmo porque, neste caso, se assim fosse, a decisão deveria ser proferida no sentido de anular o referido ato, hipótese em que os efeitos da sentença seriam, de fato, retroativos, retornando as partes ao chamado *status quo ante*, o que não aconteceu.

6.0. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO PRETORIANA E SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica, antes de ser um princípio constitucional implícito, constituiu um valor social indispensável ao próprio homem. Repousa tal bem na necessidade que os indivíduos têm de estabilizar situações já consolidadas no tempo e, portanto, fundadas na confiança de sua inalterabilidade futura.

Segundo Bigolin, “*para que o indivíduo possa tomar suas decisões pessoais diante dos fatos e atos humanos, é necessário que ele possa prever qual será, no porvir, a qualificação das ações presentes e com o que poderá contar no futuro.*”

A segurança jurídica, já o dissemos, de acordo com a doutrina mais abalizada, não é princípio constitucional explícito, nos moldes daqueles descritos no art. 37 da Constituição Federal. É, antes de tudo, decorrência do próprio Estado Democrático de Direito, enunciado no art. 1º da Magna Carta, já que indispensável para a estabilidade das relações jurídicas na sociedade.

No magistério de Ávila, “*O princípio da segurança é constituído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito (art. 1º). Em segundo lugar, pela interpretação indutiva de outras regras constitucionais, nomeadamente as de proteção a direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) e das regras da legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, a) e da anterioridade (art. 150, III, b). Em todas essas normas a Constituição Federal dá uma nota de previsibilidade e de proteção de*

expectativas legitimamente constituídas e que, por isso mesmo, não podem ser frustradas pelo exercício da atividade estatal.”

Com raiz no Estado Democrático de Direito – que, por sua vez, traz implicitamente em seu conceito a proteção da boa-fé e da confiança -, o princípio da segurança jurídica constitui uma garantia do indivíduo oponível ao Estado para que não modifique procedimentos, condutas, normas ou orientações que possam alcançar situações consolidadas pelo tempo ou produzidas em face da legitimidade de atos – e diríamos até decisões – emanados do próprio Estado.

Alguns autores reconhecem que o princípio da segurança jurídica apresenta duas dimensões, uma de natureza objetiva e outra subjetiva, não admitindo a existência de um princípio autônomo concernente à proteção à confiança. No aspecto objetivo, o princípio tem a ver com a retroatividade dos atos do Estado, sobretudo os legislativos, em face da proteção ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido. Subjetivamente, o princípio da segurança jurídica concerne à proteção à confiança das pessoas nos atos, condutas e procedimentos adotados pelo Estado, independentemente do nível ou da função que esteja desempenhando.

No Direito Moderno, há uma tendência de considerar o princípio da proteção à confiança como valor autônomo que impõe ao Estado limitações na liberdade de anular os seus atos, nomeadamente quando produziram efeitos jurídicos vantajosos para os indivíduos, mormente quando neles confiam de boa-fé. Segundo essa nova concepção, o princípio da segurança jurídica se situaria apenas no plano objetivo, referindo-se mais à estabilidade das relações jurídicas, ao passo que o princípio da proteção à confiança tutelaria a segurança em sua dimensão exclusivamente subjetiva, levando-se em conta a crença ou perspectiva gerada pelo Estado, junto aos administrados, de que os atos (legislativos, administrativos e, por que não, judiciários) seriam mantidos em razão de sua legitimidade e de sua conformação com a ordem jurídica vigente.

Quer se admita o princípio da segurança jurídica em seu duplo aspecto, objetivo ou subjetivo, quer a existência de dois princípios

distintos e autônomos, um tutelando, no plano objetivo, a estabilidade das relações jurídicas, o outro mitigando o poder de autotutela do Estado, certo é que modernamente o direito positivo brasileiro consagra a segurança jurídica como um bem a ser especialmente protegido.

No Direito Administrativo – mais precisamente no hodierno Direito Processual Administrativo – o princípio da segurança jurídica está previsto expressamente no art. 2º da Lei 9.784/1999, nos seguintes termos:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Já o inciso XIII do mesmo dispositivo traz o comando que exterioriza o princípio da segurança jurídica, ao estabelecer que a interpretação da norma administrativa se faça da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Discorrendo sobre o princípio à luz do referido comando normativo, Di Pietro adiciona que a regra não impede a revisão na interpretação da lei, acrescentando, contudo, não ser possível fazer retroagi-la a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.

A mesma Lei 9784/99 contém regra atinente à caducidade do direito de o Estado anular os seus atos ilegais. Com efeito, o seu art. 54 determina que após o transcurso do prazo de cinco anos sem que a Administração exerça o direito de anulação de ato administrativo favorável, ela decairá desse direito, exceto se o beneficiado pelo ato administrativo tiver agido de má-fé.

Essa disposição legal demonstra que a proteção da confiança do cidadão nos atos do Estado, com lastro no primado do Estado Democrático de Direito, é hoje um valor de tamanha magnitude que é capaz de romper com modelos e conceitos até então consagrados tanto

pela doutrina como, especialmente, pela jurisprudência. Mesmo a clássica lição de que a Administração Pública é livre para anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidade, modernamente ganha temperamentos para proteger o cidadão que, de boa-fé, foi beneficiado por algum ato ilegítimo praticado pelo próprio Estado.

Como se vê, o princípio da segurança jurídica tem plena aplicação no campo do Direito Administrativo, agora por expressa disposição legal, inclusive mitigando o poder de autotutela da Administração Pública, consagrado pela Súmula 473 do STF. Embora tenha maior relevo, atualmente, nesse ramo do Direito Público, o princípio não lhe é exclusivo, permeando todos os demais ramos da ciência jurídica.

Umbilicalmente vinculado ao princípio da boa-fé e da confiança, na medida em que o cidadão aguarda que o Estado aja segundo o direito posto e conhecido, sem alterações abruptas que alcancem fatos consumados na vigência de interpretação administrativa ou de legislação pretérita, o postulado da segurança jurídica, é possível afirmar, constitui verdadeira garantia constitucional imanente ao próprio Estado Democrático de Direito.

Nesta perspectiva, há em nosso ordenamento comandos normativos expressos, de matiz constitucional (art. 5º, XXXVI, CF/88), e de feição infraconstitucional (art. 2º, *caput*, inciso XIII, da Lei 9784/1999), que hospedam o princípio da segurança jurídica, ambos contendo ordem imposta ao Estado. O primeiro, vedando que a lei possa retroagir para alcançar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido ou a coisa julgada, Trata-se de diretriz que deve ser observada quando os órgãos estatais estiverem exercendo a função eminentemente normativa ou legislativa. O segundo, impedindo que se possa dar interpretação retroativa a casos decididos sob o pálio de orientação administrativa anterior, considerada válida no momento em que foi emitida. Tal comando constitui garantia do cidadão quando o Estado estiver atuando no exercício da função administrativa (ou executiva).

Há outras duas normas jurídicas, de natureza essencialmente processual, em que o princípio da segurança jurídica aparece de forma

expressa: a Lei 9.868, de 11 de novembro de 1999 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade), e a Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Os arts. 27 (Lei 9.868/99) e 11 (Lei 9.882) de tais diplomas atribuíram ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de “*ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (...), por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*”.

O nosso Direito Constitucional consagrou o entendimento de que a sentença declaratória de inconstitucionalidade produz efeito *ex tunc*, ou seja, a nulidade é pronunciada desde a sua origem. Todavia, é indiscutível que mesmo a lei inconstitucional, até que assim seja declarada, produz efeitos e, em regra, o indivíduo comum crê em sua eficácia e na presunção de constitucionalidade que ostenta quando vem ao mundo. No mundo das coisas, a lei, ainda que escoimada de inconstitucionalidade, é dotada de força suficiente para gerar expectativas em seus destinatários e de orientar a conduta do homem em sociedade.

A segurança jurídica é, deste modo, um valor jurídico consagrado em nosso sistema e dotado de força para orientar a atuação do Estado quando exerce qualquer uma de suas três principais funções constitucionais

Parece lógico inferir, portanto, com base não apenas no primado fundamental do Estado de Direito, como também na interpretação sistemática da Constituição, que a função judicante, por meio da qual o Estado-Juiz presta a tutela jurisdicional, não é indene ao princípio da segurança jurídica, assim como ocorre com as duas outras grandes funções típicas do Estado.

Alguns poderão obter perar que não se pode falar em afronta ao princípio da segurança jurídica porque os parlamentares que mudaram de partido a partir de 27 de março de 2007 assumiram o risco

de tal conduta, já que conheciam a inteligência do Tribunal Superior Eleitoral a respeito do assunto. Aos que brandirem tal argumento, chamaremos a atenção para a natureza jurídica de tal sentença, respondida, acrescente-se logo, apenas em tese, vale dizer, teoricamente, não representando, portanto, o entendimento então vigente e predominante, consubstanciado, entre outros precedentes, nos MS 20907/DF e 23405/GO, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, aptos a orientar a conduta dos parlamentares.

Sob este prisma, a jurisprudência – fonte criadora do Direito -, embora mutável em razão do dinamismo da sociedade e do próprio Direito -, com a exceção, sempre é bom repetir, da novíssima súmula vinculante, também não pode afastar a aplicabilidade e eficácia do axioma da segurança jurídica para o fim de retroagir no tempo decisões monocráticas ou pretorianas que criem, modifiquem ou extingam atos, negócios ou relações jurídicas, salvo nos casos excepcionais em que há pronúncia de nulidade, quando, então, a questão se situa no próprio campo da validade dos atos e negócios jurídicos.

Essa é uma das razões pelas quais processualistas de Escol não reconhecem eficácia *ex tunc* nas sentenças constitutivas, porque delas nasce direito novo, forjado para incidir a partir do momento em que vem ao mundo.

7.0. SEGURANÇA JURÍDICA E PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

A decisão de atribuir efeito retroativo à nova orientação quanto aos efeitos da infidelidade partidária, a par de afetar o princípio da segurança jurídica, posto ter alcançado situações consolidadas no tempo quando ainda vigorava o entendimento, reiteradamente sustentado pela Suprema Corte, de que não havia sanção jurídica para os parlamentares ditos infiéis, afetou o postulado na dimensão da proteção da confiança e da boa-fé.

Isto porque a prática – ainda que moralmente censurável – da mudança de partidos políticos sem que dela derivasse qualquer consequência jurídica não só estava disseminada nos diversos níveis políticos, como contava com a inteligência mais de uma vez afirmada

pelo Excelso Sodalício de que não poderia ser sancionada com a perda do mandato, no silêncio da Constituição Federal quanto ao tema.

É dizer: os parlamentares que mudaram de partido, não apenas na atual legislatura como nas anteriores, o fizeram no exercício regular de um direito e confiando, de boa-fé, que desse ato não decorreria qualquer sanção jurídica, porque assim havia assentado o órgão judicante responsável por guardar a Constituição Federal.

Não apenas o primado da segurança jurídica foi afetado com a retroatividade da decisão. O princípio da igualdade, garantia constitucional inafastável, foi solenemente ignorado pela corrente majoritária que a prolatou.

Como é cediço, o princípio da igualdade tem sede explícita no texto constitucional, sendo inclusive mencionado no Preâmbulo da Constituição. Destarte, é norma supraconstitucional. Trata-se, portanto, de um princípio, direito e garantia, para o qual todas as demais normas devem obediência.

Sem a pretensão de discutir dogmática ou filosoficamente o primado da igualdade jurídica, repousa ele, em uma de suas dimensões, no brocado que assegura a cada qual segundo a sua posição, sem embargo da clássica conceituação que se orienta no sentido de admitir a igualdade entre os iguais e a desigualdade entre os desiguais, na mesma proporção das suas respectivas desigualdades.

Ora, a retroatividade da decisão do STF, também neste ponto, viola tal garantia constitucional, porque, no plano concreto, permitirá sancionar com a pena capital da perda de mandato aqueles parlamentares trânsfugas que deixaram os partidos políticos pelos quais foram eleitos, após a resposta publicada pelo TSE, em sede de consulta. Em sentido inverso, terá o condão de assegurar o pleno exercício dos mandatos para aqueles cuja transferência ocorreu antes dessa decisão administrativa.

Significa dizer: os parlamentares previdentes – ou bafejados pela sorte -, que migraram de partido, logo no início da legislatura – quiçá antes dela –, não poderão sofrer qualquer sanção jurídica por

esse ato, ao contrário dos colegas que, em idêntica situação, fizeram a mudança após a novel orientação adotada pela Justiça Especializada.

Uma decisão a que se atribua tal eficácia – como de fato ocorreu – produz como resultado lógico a criação de duas categorias de parlamentares: os que responderão a processo, tanto no plano administrativo quanto na órbita judicial, por terem deixado os partidos pelos quais foram eleitos após 27 de março de 2007, sujeitando-se ao risco latente da perda de mandato, salvo se demonstrarem que houve mudança de orientação programática ou estatutária por iniciativa da própria agremiação ou se provarem ter sofrido, de qualquer modo, perseguição política; e aqueles para os quais o Estado-Juiz afastará a mesma possibilidade de tutela, fundando suas razões no fato de haver orientação exarada por órgão judicante a quem se atribuiu a competência para responder, em tese, sobre consultas que lhe sejam dirigidas em matéria eleitoral.

Nem o mais renitente dos intérpretes ou operadores do Direito negará que houve aqui violenta afronta a um dos mais caros enunciados do Estado de Direito, não havendo dúvida que a Suprema Corte criou uma desigualdade jurídica desprovida de fundamento, em razão de tudo o que aqui foi expendido.

Sendo idêntica a situação – alterando-se apenas o momento em que os atos foram praticados – não é razoável admitir possam determinados parlamentares sofrer a condenação máxima de perda de mandato pela prática de um ato que fora também praticado pelos seus iguais, nomeadamente quando esses últimos receberam do Estado-Juiz, na contramão desses princípios vetores, proteção jurídica.

Na esteira deste raciocínio, e tendo em vista a natureza jurídica da decisão e a sua eficácia, bem como o princípio da segurança jurídica, a solução que melhor se harmonizaria não apenas com o Direito como um todo, mas especialmente com o princípio da isonomia jurídica, seria o de atribuir efeitos *ex nunc* às referidas sentenças, como anotou nos referidos Mandados de Segurança, com singular propriedade, o Eminentíssimo Procurador-Geral da República, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, na cota que lhe coube enquanto representante do Ministério Público Federal.

É preciso consignar que tomamos aqui o conceito de igualdade jurídica em sentido amplo, como acepção de igualdade perante o ordenamento jurídico e não apenas perante a lei em sentido estrito. Neste contexto, a jurisprudência, enquanto fonte ou forma de expressão do Direito, também deve obediência à garantia da isonomia, ainda que se tome emprestado, para lhe dar o fundamento de validade, o princípio da analogia, segundo o qual onde se apresenta a mesma razão (ou os mesmos fundamentos) deve imperar ou prevalecer a mesma regra de direito.

9.0. INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA

É indiscutível que o Supremo Tribunal Federal (STF) constitui a mais alta instância do [Poder Judiciário do Brasil](#), acumulando competências típicas de Suprema Corte e Tribunal Constitucional. Sua função institucional principal é de servir como guardião da [Constituição Federal](#), apreciando casos que envolvam lesão ou ameaça a esta última, conforme competência expressa que lhe é conferida na forma do art. 102 do Texto Constitucional.

Se é correto afirmar que a jurisdição é una, havendo apenas regras relativas à sua organização e distribuição, inclusive territorial, e que, por isso mesmo, qualquer Juízo ou Tribunal é dotado de competência para pronunciar, na via do controle difuso, incidentalmente, a inconstitucionalidade das normas jurídicas, ou mesmo para interpretá-las, não menos verdadeira se apresenta a afirmação de que o controle direto, concentrado, de constitucionalidade das normas federais é atribuição conferida, em caráter exclusivo e originário, ao Supremo Tribunal Federal, sobretudo por força do que estabelece a própria Constituição.

O Excelso Sodalício é tido e havido, portanto, como o Tribunal Constitucional Brasileiro, nos moldes da Suprema Corte Americana, guardião da Constituição Federal. Talvez por isso o Ilustre Ministro Marco Aurélio de Mello tenha dito, na sessão de julgamento dos Mandados de Segurança 26602, 26603 e 26604, que a Constituição é aquilo que o Supremo Tribunal Federal diz que ela é. Essa declaração deve ser recebida com temperamentos e avaliada no contexto em que

foi pronunciada, mas dá a exata medida da competência e das atribuições da mais Alta Corte de Justiça Brasileira, na visão de seus próprios membros.

Sendo o Supremo Tribunal Federal o exclusivo guardião da Constituição, é de se presumir que a sua interpretação tenha – ao menos na visão do cidadão comum - maior força jurídica que aquela proferida por outros juízos ou tribunais, mesmo os superiores, respeitada a competência de cada qual. Tanto que, agora, por força da Emenda Constitucional 45/2004, as decisões definitivas de mérito, proferidas por aquele Tribunal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (Art. 102, § 2º, CF/88).

Pois bem. Deixemos definitivamente assentado, portanto, que a última palavra, em matéria constitucional, é do Supremo Tribunal Federal, sem embargo do fato de que as tarefas de interpretação e posterior realização dos ditames constitucionais cabem a magistrados, membros do Ministério Público e advogados, enfim, aos chamados operadores do direito.

Nesta exata medida, a decisão - ainda que inferida sistematicamente do texto da Constituição, na falta de comando normativo expresso - que reconhece a infidelidade partidária como causa dotada de aptidão para produzir como sanção jurídica a perda do mandato do parlamentar é, antes de tudo, interpretação constitucional. Trata-se, neste contexto, do Supremo Tribunal Federal dizendo o que a Constituição é, ainda que alguns – eu, inclusive – critiquem a extensão, pela via interpretativa, do rol taxativo de seu art. 55, para incluir outra hipótese de perda de mandato ali não versada originalmente.

Não vamos nos enveredar, contudo, por esta seara, já que o objetivo deste artigo não é discutir se a decisão de mérito representou, de fato, usurpação de competência do Judiciário perante órgão do Poder Legislativo.

Já o Tribunal Superior Eleitoral se apresenta, nos termos do art. 118, I, da Constituição, como órgão máximo da Justiça Eleitoral, mas a sua competência não se encontra expressamente estabelecida no texto constitucional. Com efeito, por força do art. 121 dessa mesma Constituição, cabe à lei complementar federal dispor sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Pelo princípio da recepção, essa organização e competência estão definidas na Lei nº 4737, de 15/7/1965 (Código Eleitoral), com status de lei complementar. As competências do Tribunal Superior Eleitoral estão traçadas no art. 23 deste Diploma, inclusive, nos termos do inciso XII, a atribuição de responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.

Veja que ao TSE não foi atribuída competência para interpretar a Constituição Federal, já que não é o seu guardião. Pode, contudo, responder a consultas que lhe sejam dirigidas, mesmo assim apenas em tese, sobre matéria eleitoral.

Ora, a questão da perda de mandato por infidelidade partidária é, sem dúvida, matéria eleitoral, o que, num primeiro plano, atrairia a competência do TSE para responder consultas sobre o assunto, em tese. Todavia, é inegável o aspecto constitucional do tema, a exigir interpretação da Constituição, situação em que já se cogitaria da prevalência, senão hierárquica, ao menos funcional, da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Quando o TSE respondeu à consulta 1398, publicada em 27 de março de 2007, havia orientação pretoriana, prolatada pela Corte Constitucional, de que a infidelidade partidária não era causa apta a produzir como sanção a perda de mandato (v .g, MS nº 20907/DF e 23405/GO). Não obstante o TSE seja composto, também, por ministros do Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 119, I, a, da Constituição, este fato, por si só, não autorizaria qualquer indivíduo – ou mesmo qualquer intérprete – atribuir à opinião emitida na consulta maior valor jurídico que os precedentes já mencionados.

Sobretudo quando se tem em conta que as consultas têm natureza meramente administrativa, não possuindo o status de uma decisão judicial tal qual a sentença no juízo monocrático ou o acórdão nos tribunais. Não faz coisa julgada e, portanto, não carrega o atributo da imutabilidade.

Quer isso dizer que as consultas respondidas pelo TSE não possuem qualquer valor? Evidente que não. Quer dizer apenas que não possuem o valor que o próprio STF lhes atribuiu, já que constituem, na verdade, apenas o lançamento de uma luz sobre o tema nelas versado, sem vincular ou produzir qualquer outro efeito jurídico. Os argumentos nela expedidos, por mais judiciosos que sejam – e o são – podem funcionar como uma abalizada opinião para o consulente, sem, contudo, possuírem o condão de modificar o mundo exterior ou qualquer situação jurídica, já que formatadas considerando uma situação teórica e não concreta.

É curial, portanto, que a orientação mais escorreita – e de maior valor jurídico – a propósito da infidelidade partidária era aquela então dominante no seio do Supremo Tribunal Federal. Ora, tal entendimento somente veio a ser reformulado em 19 de outubro deste ano, com a publicação dos acórdãos dos MS 26602, 26603 e 26604. Na medida em que o órgão responsável pela guarda da Constituição, no exercício de uma competência privativa sua, dá à suas decisões efeitos retroativos, nomeadamente para atribuir a uma consulta, cuja natureza jurídica é meramente administrativa, representando uma opinião a propósito de uma questão suscitada apenas em tese, um valor jurídico extrínseco que ela absolutamente não possui, penso ter este mesmo órgão abdicado – ou ao menos renunciado – implicitamente de sua mais alta missão e atribuição, delegando-a, ainda que indiretamente, a outro órgão do Poder Judiciário, situado na cúpula da Justiça Eleitoral, é verdade, mas que não concentra em si essas mesmas competências.

Em outras palavras: se já não seria possível admitir a retroatividade da decisão, seja em razão do princípio da segurança jurídica, no aspecto subjetivo, de proteção à confiança, seja pela natureza constitutiva da sentença, menos ainda quando fixa como marco inaugural para aferir a infidelidade ensejadora da perda de

mandato a data de publicação de uma consulta respondida em tese, cuja natureza jurídica é exclusivamente administrativa, de conteúdo apenas eleitoral, mormente quando o Tribunal Constitucional, representado pelo próprio STF, havia assentado, no exercício de suas legítimas atribuições, entendimento divergente.

10.0. CONCLUSÃO

Anuncia solenemente o preâmbulo da Constituição Federal: *“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e na ordem internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”*

Parte indissociável da Constituição, de inestimável valor programático, o preâmbulo afirma que a Constituição instituiu um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar, entre outros direitos sociais e individuais, a segurança (esta também na acepção jurídica).

No próprio conceito de Estado de Direito estão contidos os princípios da proteção da confiança e da boa-fé, que podem ser resumidos no princípio da segurança jurídica, já que o Estado não pode afetar os direitos e as garantias individuais ou a órbita privada do indivíduo para editar normas que acabem por violar o direito adquirido, a coisa julgada ou o ato jurídico perfeito. Também não lhe é dado, quando atua no plano da Administração Pública, atribuir efeitos retroativos à interpretação administrativa para alcançar casos e situações já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida. O exercício da função judicante também não confere ao Estado faculdade ou poder para desfazer situações jurídicas consumadas pelo tempo ou que nasceram em conformidade com o ordenamento.

Até a significativa modificação do entendimento pretoriano então dominante, cuja decisão foi publicada em 19 de outubro, era assente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a infidelidade partidária não era causa de perda de mandato, por não constar esta hipótese, expressamente, do texto constitucional.

A reformulação desse entendimento – perfeitamente admitida em razão da dinâmica da vida em sociedade e, conseqüentemente, do próprio Direito – deveria produzir efeitos para o futuro, por constituir situação jurídica nova, verdadeiro direito novo, não apenas em homenagem e respeito ao princípio da segurança jurídica, como também ao da isonomia, já que não seria possível dar a indivíduos que se encontram na mesma posição ou situação tratamento jurídico diferenciado, estabelecendo, ainda que indiretamente, privilégios para alguns em detrimento de outros.

Noutra perspectiva, a retroatividade dessa decisão – já em si mesma controversa, pelas razões sustentadas – não poderia levar em conta a opinião – por mais judiciosa que seja – expendida pelo Tribunal Superior Eleitoral em consulta que lhe fora formulada em tese, seja pelo indiscutível conteúdo constitucional contido na questão, a suscitar interpretação – como de fato ocorreu – da mais Alta Corte de Justiça deste País e não do órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, seja porque a natureza que a ordem jurídica lhe atribui é meramente administrativa, não sendo idônea a vincular ou a modificar o mundo externo, nem a desfazer atos jurídicos constituídos após a sua publicação.

Finalmente, a decisão de fazer retroagir o novo entendimento levando em conta a consulta respondida pelo TSE constitui, ainda que indiretamente, renúncia da função de guardião da Constituição, conferida exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em favor da inteligência fixada pela Justiça Eleitoral, a quem o ordenamento jurídico não atribui competência para responder, mesmo que em tese, matéria de natureza eminentemente constitucional.

Ao assim decidir, o Excelso Pretório negou eficácia e força jurídica aos precedentes que publicara, via dos quais sustentara a impossibilidade de se sancionar com a perda do mandato os políticos

trânsfugas, aqueles que deixam os partidos por que se elegeram. Tais paradigmas eram idôneos para orientar o agir do indivíduo na sociedade nesta singular situação e não poderiam ser substituídos ou negados em razão de uma simples opinião, por mais que sejam consistentes os argumentos jurídicos nela contidos, emitida pelo Tribunal Superior Eleitoral.

11.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, J.C. *Conteúdo e efeitos das sentenças variações sobre o tema*, *Ajuris*, nº 35, ano 1985.

BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica. A estabilização do Ato Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe - *Istituzioni di diritto processuale civile*, tradução de J. Guimarães Menegale: *Instituições de direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1969.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 15ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Momento da eficácia da sentença constitutiva*, in *Revista de Processo*, ano 16, julho/ set., 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª Ed., São Paulo: Atlas, 2004.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZANETTI JÚNIOR, HERMES. *A eficácia constitutiva da sentença, as sentenças de eficácia preponderantemente constitutiva e a força normativa do comando judicial*, disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo10.htm>

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro, Forense, 1974.

A FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

Grecilda Gonçalves Izzo

Professora do Curso de Direito da FACTU

Érica Lima Alves

Acadêmica do Curso de Direito da FACTU

Marcelo Machado de Lima

Acadêmico do Curso de Direito da FACTU

Mariana Andrade Costa

Acadêmica do Curso de Direito da FACTU

Rodolfo Gabriel Cunha

Acadêmico do Curso de Direito da FACTU

Vanessa Ferreira de Queiroz

Acadêmica do Curso de Direito da FACTU

RESUMO

O Ministério do Trabalho, através do nosso ordenamento jurídico, outorgou aos agentes de fiscalização do trabalho os chamados “poderes de polícia”, que atribui, aos precitados agentes, o direito de verificar todo o estabelecimento, documentação, papeladas, objetos e estrutura do local, requerer “conversas” com funcionários e patrões, tudo para que as Leis Trabalhistas tenham verdadeira efetividade. O legislador brasileiro, sabendo das dificuldades que o país com dimensões continentais possui para fazer chegar ao conhecimento de todos determinação legal, não esqueceu das situações onde o indivíduo não aplica a lei justamente por não conhecê-la, e para tanto criou as “notificações”, ou seja, o duplo grau de visitas, justamente para que o fiscal informe, conscientize e notifique o fiscalizado, para que somente em sua segunda visita possa constatar se todas as exigências foram cumpridas, e ai sim, uma vez constatado que as irregularidades persistem, multá-lo, lembrando que há as exceções como nos casos onde a infração for por falta de registro de empregado, ou anotação na CTPS, ou ainda na ocorrência de reincidência, fraude, resistência, ou embaraço à fiscalização. A Fiscalização do Trabalho é uma atividade estatal, desempenhada por agentes revestidos de poderes especiais para exercerem atividades preventivas ou repressivas, com vistas a garantir a efetiva obediência às normas trabalhistas e, por conseqüência, a melhoria da condição social do trabalhador.

PALAVRAS CHAVES: Agente fiscalizador, fiscalização preventiva e repressiva, autuação e duplo grau de visitas.

ABSTRACT

The Ministry of Work, through our juridical order, granted to the work inspection agents the so called “policy powers”, which attributes to the mentioned agents, the right to verify the entire establishment, documentation, paperwork, objects and structure of the place, require “conversations” with employees and bosses, everything so that the Working Laws have true effectiveness. The Brazilian legislator, aware of the difficulties that the country with continental dimensions posses to make everyone know of the legal determination, did not forget the situations where the individual does not apply the law exactly due to the fact that he doesn’t know it, and for this reason he has created the “notifications”, that is, the double degree of visits, so that the inspector informs, notifies and makes the inspected person aware, so that only in his second visit he can evidence if all the requirements had been fulfilled, and then, being evidenced that the irregularities persist, to fine it, keeping in mind that there are exceptions in the cases where the infraction is due to the lack of employed register, or notation in the CTPS, or still in relapse occurrence, fraud, resistance, or embarrassment to the inspection. The Work Inspection is a state activity, performed by agents coated with special powers to exert preventive or repressive activities, to guarantee the effective obedience to working norms and, consequently, the improvement of the social condition of the worker.

KEY WORDS: inspection agent, preventive and repressive fiscalization, filing and double degree of visits.

1.0. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de identificar os principais pontos acerca da fiscalização do trabalho, demonstrando as diferentes modalidades de fiscalização, e para tanto expomos a fiscalização de forma teórica, juntamente com a exposição de exemplos reais, até mesmo de nosso convívio.

Vale ressaltar, que para a realização da efetiva fiscalização, os agentes da DRTs, detêm livre acesso em ambientes que haja necessidade de fiscalização, não podendo, qualquer individuo tentar impedir a realização de seu trabalho.

Assim, constatamos que, indubitavelmente, a Fiscalização do Trabalho é uma das mais relevantes matérias tratadas pelo nosso Direito do Trabalho – CLT arts 623 a 642 - não só pela proteção que traz ao trabalhador, como também como meio de reeducação do empregador.

Para a elaboração do presente trabalho recorreremos à pesquisa bibliográfica, com ampla leitura e compilação dos referenciais expostos pelos mais renomados doutrinadores em matéria trabalhista.

2.0. HISTÓRICO GERAL

A Fiscalização do Trabalho vincula-se diretamente ao Direito do Trabalho, vez que é uma criação decorrente da própria natureza desse direito que figura, no plano histórico das relações de trabalho, como um sistema de normas de proteção ao trabalhador concernente com o desenvolvimento da sociedade e com a afirmação do estado moderno.

De acordo com a posição doutrinária, o Direito do Trabalho, sob sua concepção disciplinadora das relações do trabalho, aparece com o advento da revolução industrial. Este mesmo acontecimento histórico é o marco original do surgimento da Fiscalização do Trabalho; eis que até o século XIX, antes do despontar dessa luz da modernidade, inexistia norma de proteção ao trabalhador.

Sem embargo dessa constatação, fala-se em certos acontecimentos que indicariam o germinar da Fiscalização do Trabalho, dentre eles as Corporações de Artes e Ofícios, ainda na idade média, por exemplo.

Mas foi, efetivamente com o fim da primeira guerra mundial, o despertar de uma nova consciência que fez surgir grandes preocupações pela busca da manutenção da paz, o que motivou as nações vencedoras da grande batalha a elaborarem o Tratado de *Versailles*. Nele incluíram-se os enunciados que contemplassem também a orientação pela pacificação das sociedades no campo das relações de trabalho.

Uma vez consolidada internacionalmente a importância de uma legislação trabalhista e a necessidade da intervenção estatal nas relações de trabalho, de modo a acompanhar a efetiva aplicação das leis e regulamentos disciplinadores das condições de trabalho, a OIT – Organização Internacional do Trabalho - atuando ante a preocupação com as tensões mundiais que viessem a ameaçar a paz mundial, adotou, em sua primeira reunião a Recomendação nº. 5, que tratou da criação de um serviço público de higiene.

A OIT (Organização Internacional do Trabalho), em 1919, orientou a cada membro, o mais rápido possível, uma inspeção de trabalho eficaz das fábricas e oficinas. A convenção nº. 81 de 1947, aprovada pelo Decreto legislativo nº. 24/56, regulou a matéria da inspeção do trabalho.

A convenção nº. 129, não ratificada pelo Brasil, tratou da inspeção do trabalho na agricultura, prevendo o assessoramento e controle do cumprimento e dispositivos legais relacionados às condições de vida e trabalho dos empregados e suas famílias.

Já na França, o Inspetor do Trabalho é um generalista, constituindo-se como único representante do Estado perante a empresa. Na Inglaterra, o inspetor do trabalho é uma pessoa especialista, ou seja, é preparado para atuar apenas em determinada especialidade.

Com esses instrumentos normativos internacionais, a Inspeção do Trabalho passou a ter grande importância nos países membros da OIT, sendo que hoje um país é avaliado internacionalmente quanto ao seu comprometimento com a causa dos trabalhadores também em razão da seriedade com que trata a inspeção estatal em matéria das relações trabalhistas.

A fiscalização consiste: a) numa ação destinada à aplicação das disposições legais sobre condições de trabalho; b) em orientação a empregados e empregadores sobre a observância de lei trabalhista; c) em pesquisa de condições de trabalho ainda não regulamentadas. Essa fiscalização é atribuída a funcionários públicos, podendo contar com a colaboração de empregadores, empregados e suas organizações sindicais.

3.0. FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO NO ÂMBITO NACIONAL

Data de 1891 o surgimento da Fiscalização do Trabalho no Brasil. Surge com o Decreto nº. 1.313, de 17 de janeiro daquele ano, pelo qual foi estabelecida a obrigatoriedade de fiscalização de "todos os estabelecimentos fabris em que trabalhassem menores". Porém, tal fiscalização abrangia apenas o então Distrito Federal, dado que a Constituição de 1891 estabelecia a competência dos Estados para legislar sobre trabalho. Desse modo, o referido Decreto do Governo Federal não trazia qualquer obrigação para os Estados, ficando limitado ao Rio de Janeiro, capital do Brasil à época.

Além dessa limitação territorial, a fiscalização alcançava apenas atividades industriais, ficando excluído o trabalho no comércio, serviço e agricultura, o que a tornou ineficaz.

Em 1918 foi criado o Departamento Nacional do Trabalho, que também não alcançou êxito em razão da limitação constitucional do Governo Federal para legislar sobre trabalho, o que dificultava o cumprimento pela República do Brasil das obrigações contidas no *Tratado de Versailles*, ou seja, a de "organizar um serviço de inspeção do trabalho".

Essa dificuldade só começou a ser superada com a reforma constitucional de 1926, quando a competência para legislar sobre a organização do trabalho passa dos Estados para a União. A partir dessa reforma é que começa a edição de um conjunto de normas de proteção ao trabalho na esfera federal.

O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado pelo Governo Provisório em 1930. A fiscalização do trabalho surgiu como uma ação tendente a velar pelo fiel cumprimento das leis dos regulamentos sobre a organização e regulamentação do trabalho.

Já no ano de 1932 são criadas as Inspetorias Regionais nos Estados da Federação, conforme Decreto nº. 21.690, de 01.08.32, ficando assim descentralizados os trabalhos de fiscalização da aplicação das leis de proteção ao trabalho. Em 1940 o Decreto nº.

2.168 transformou as Inspetorias em Delegacias Regionais do Trabalho. O trabalho nos portos, na navegação e na pesca por sua vez ficou sob encargo da Delegacia do Trabalho Marítimo.

Em 01.05.1943, através do Decreto-Lei nº. 5.452, toda a legislação sobre trabalho até então em vigor foi reunida, surgindo a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Na Constituição da República de 1988, é atribuída à União competência para "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho" (art. 21, XXIV), competência esta que não era contemplada nas cartas anteriores. Com isso, o governo federal começa um processo de reestruturação da fiscalização do trabalho e diversas medidas legislativas são adotadas nesse sentido, tais como a reorganização do Ministério do Trabalho, a carreira de Inspetor do Trabalho, entre outras.

A inspeção do trabalho é privativa dos agentes federais, sendo vedada a agentes do poder municipal ou estadual, porém em São Paulo há um convênio entre Estado e o Ministério do Trabalho para inspeção, em que os médicos e engenheiro atuam na fiscalização, fazendo com que se conte com efetivo muito maior.

O decreto nº. 55.841, de 15-03-1965, aprovou o Regulamento da Inspeção do Trabalho RIT. A finalidade principal do RIT é assegurar a observância das disposições legais e regulamentares do trabalho. A organização Interna da fiscalização pode ser assim enunciada: a) inspetores do trabalho, b) médicos do trabalho, c) engenheiros do trabalho, d) assistentes sociais.

A atividade de fiscalização trabalhista hoje é exercida por funcionários públicos que são subordinados ao Ministério do Trabalho. O fiscal tem a função e o dever de autuar a empresa quando verificar a inobservância da lei por parte desta, sob pena de responsabilidade administrativa.

4.0. NATUREZA JURÍDICA DA FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

O Estado na promoção da aplicação do Direito do Trabalho

atua em duas atividades distintas: uma jurisdicional, em que o Estado-Juiz diz o direito no caso concreto e, a outra, administrativa pela qual desempenha as funções de fiscalização da aplicação das normas trabalhistas.

A Fiscalização do Trabalho apresenta um tríptico vínculo jurídico: o empregado, o empregador e a sociedade. O empregado vincula-se ao empregador, mediante o contrato e ambos se vinculam ao Estado, na medida em que lhes são impostas obrigações e deveres de ordem pública. A presença deste último justifica-se pelo interesse social no cumprimento das normas trabalhistas de natureza cogente, por tratar-se de uma atividade irrenunciável do Estado.

A atividade administrativa desempenhada pelo Estado, através da Fiscalização do Trabalho, caracteriza-se como atividade de conservação ou atividade social, visando o bem-estar geral. Assim, para o exercício destas atividades o Estado é dotado de mecanismos que possibilitam coibir os abusos e determinar correções necessárias ao alcance do objetivo pelo qual age. Essa faculdade utilizada pela Fiscalização do Trabalho no desempenho de sua atividade de conservação social é o que se denomina *poder de polícia*.

De modo geral, as normas trabalhistas são de caráter imperativo e cobradas de modo repressivo, ante a "ordem pública" que as ensejam, mas nem por isso a aplicação delas afasta de plano a possibilidade de flexibilização, dado o *princípio da norma mais favorável*. E é na busca da mais adequada efetivação das leis trabalhistas que deve atuar o Auditor-Fiscal do Trabalho, utilizando o seu poder discricionário para melhor identificar a norma aplicável e modo de traduzi-la em benefício para o trabalhador. Adverte-se, porém, que o poder discricionário aqui levantado não é sinônimo de livre apreciação e interpretação da lei pelo Auditor. Apenas nos limites legais deve afastar-se da rigidez da norma para melhor alcance de sua finalidade.

Conclui-se que a Fiscalização do Trabalho é uma atividade estatal, desempenhada por agentes revestidos de poderes especiais para exercerem atividades preventivas ou repressivas, com vistas a garantir a efetiva obediência às normas trabalhistas e, por

conseqüência, a melhoria da condição social do trabalhador.

5.0. CONCEITO DE FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

Trata-se de uma atividade do Estado e não um órgão do Estado, eis que não há um órgão devidamente estruturado sob a denominação "Fiscalização do Trabalho", esta é uma atividade a que um ministério - o Ministério do Trabalho - tem por competência desempenhar.

A própria Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – em seu artigo 626 consolida:

'Incumbe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho ou àqueles que exerçam funções delegadas, a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção o trabalho.'

Já a Constituição Federal em seu artigo 21, XXIV determina que “Compete à União”...

.... 'organizar, manter e executar a inspeção do trabalho'.

Essa atividade existe em razão do interesse público na promoção do bem estar social, ensejando que esteja dotada de um *poder de polícia* para possibilitar a que cuide da prevenção e promova a punição dos infratores.

6.0. ESTRUTURADO MINISTÉRIO DO TRABALHO

O Ministério do Trabalho e Emprego é composto por:

a) Conselho Nacional do Trabalho; b) Conselho Nacional de Imigração; c) Conselho Curador do FGTS; d) Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao trabalhador; e) Secretaria de Formação e Desenvolvimento Profissional; f) Secretaria de Políticas de Emprego e Salário; g) Secretaria de Relações do Trabalho; h) Secretaria de Fiscalização do Trabalho; i) Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho.

Incumbe à Secretaria de Fiscalização do Trabalho a coordenação geral no âmbito nacional das Delegacias Regionais do Trabalho (DRTs) e a fiscalização do Trabalho.

7.0. ATUAÇÃO DOS AGENTES

São dois os sistemas de inspeção do trabalho, o generalista e o especialista.

O sistema generalista determina ao inspetor a verificação de todas as normas de proteção ao trabalhador, questões relacionadas a emprego e condições de trabalho. Esse sistema é adotado na França, onde o inspetor é a única autoridade para verificar o cumprimento da legislação de proteção ao trabalho.

O sistema especialista, apenas determina tarefas específicas e determinadas, e é o sistema adotado na Inglaterra.

No Brasil adotou-se o sistema generalista, conforme o decreto nº. 55.841/65. A matéria trabalhista é a adstrita apenas ao Ministério do Trabalho. Os inspetores não têm um estatuto próprio. A inspeção do trabalho está mais ligada aos pormenores do contrato de trabalho do que à saúde e à segurança do trabalho.

8.0. MODALIDADES DE FISCALIZAÇÃO

O modo de operacionalização das fiscalizações é disciplinado pela Instrução Normativa Intersecretarial nº.08, de 15.05.95, quais sejam:

- a) *fiscalização dirigida* - é a que resulta de prévio planejamento da Secretaria em Brasília em conjunto com a Delegacia Regional, com a participação, sempre que possível, das entidades sindicais de trabalhadores, outros órgãos ou instituições;
- b) *fiscalização indireta*: a resultante do programa especial de fiscalização, realizada através de Sistema de Notificação para a Apresentação de Documentos nas Delegacias Regionais;
- c) *fiscalização imediata*: ocorre independentemente de designação prévia, nos casos em que o Auditor-Fiscal do Trabalho deparar com situações que submetam o trabalhador a perigos iminentes ou constate

infração que possa tornar difícil a sua comprovação futura;

d) *fiscalização por denúncia*: é a decorrente de Ordem de Serviço emitida em razão de reclamação do trabalhador ou entidade sindical e que, pela natureza, demanda prioridade no atendimento;

e) *plantão*: é a atividade interna de fiscalização para orientação ao público, homologação de rescisões de contratos e instrução de processos de anotação de Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS;

f) *atividade especial*: é a destinada à mediação de conflitos coletivos entre trabalhadores e empregadores, à coordenação de mesas de entendimento com vistas a que empregadores infratores firmem termo de compromissos no sentido de efetivo cumprimento da legislação trabalhista e ainda à análise de processos.

9.0. ATRIBUIÇÕES E PODERES DOS INSPETORES

Os inspetores exercem funções internas ou externas na DRT. As internas estão relacionadas à movimentação do FGTS, a assistência nas rescisões contratuais de empregados com mais de um ano de trabalho na empresa. (art. 477, §1º CLT), de empregados estáveis, quanto a seu pedido de demissão (art. 500 da CLT), reclamações por falta ou recusa de anotações na CTPS. Os serviços externos consistem na fiscalização das empresas.

A Convenção nº. 81 da OIT indica em linhas gerais os objetivos a serem atendidos pela Inspeção do Trabalho. Vejamos:

a) assegurar o cumprimento das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão;

b) fornecer informações e conselhos técnicos aos empregadores e trabalhadores sobre os meios mais eficazes de observar as disposições legais;

c) levar ao conhecimento da autoridade competente as deficiências ou os abusos que não estão especificamente compreendidos nas disposições legais existentes;

Prescreve ainda a Convenção 81 da OIT que os Auditores-Fiscais do Trabalho estão autorizados:

a) a penetrar livremente e sem aviso prévio, a qualquer hora do dia ou da noite, em qualquer estabelecimento submetido à fiscalização;

- b) a penetrar durante o dia em todos os locais que eles possam ter motivo razoável para supor estarem sujeitos ao controle da fiscalização;
- c) a proceder a todos os exames, controles e inquéritos julgados necessários para assegurar que as disposições legais são efetivamente observadas, podendo interrogar, seja só ou em presença de testemunhas, o empregador ou o pessoal do estabelecimento sobre quaisquer matérias relativas à aplicação das disposições legais, pedir vistas de todos os livros, registros e documentos prescritos pela legislação relativa às condições de trabalho, retirar ou levar para análise, amostras de materiais e substâncias utilizadas ou manipuladas, contando que o empregador ou seu preposto seja advertido dessa retirada.

Como é imposto no art. 630 e 603, §1º da CLT, o inspetor deverá antes de qualquer coisa se identificar, mostrando sua carteira de identidade fiscal, sendo que só com a mesma ele terá livre acesso a todas as dependências dos estabelecimentos.

Na primeira visita do local, nos casos determinados no art. 627 da CLT, deverá ser observado o critério da dupla visita. Onde primeiramente o fiscal adverte da situação em questão, e na segunda se os pontos advertidos não tiverem sido corrigidos deverá ser aplicada multa.

Prioritariamente, a fiscalização prestará orientação a microempresa e a empresa de pequeno porte, (art. 12 da Lei 9.841/99) sendo observado o critério da dupla visita para lavratura de autos de infração, exceto nos casos onde a infração for por falta de registro de empregado, ou anotação na CTPS, ou ainda na ocorrência de reincidência, fraude, resistência, ou embaraço a fiscalização.

Resumidamente as atividades desenvolvidas pelos Auditores-Fiscais do Trabalho são basicamente as seguintes:

- a) *atividade de fiscalização* - é a atividade exercida perante os estabelecimentos empregadores, onde são exercidas atividades laborativas sujeitas ao cumprimento da legislação trabalhista. As pessoas jurídicas de direito público apenas ficam sujeitas à fiscalização do trabalho no que concerne ao cumprimento da Lei do

Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. Nesta atividade os Auditores-Fiscais promovem o exame de livros e documentos, inclusive contábeis, que tenham pertinência com o sistema protecionista do trabalho a que se encarrega controlar: controle de registro dos empregados, controle de jornada de trabalho, concessão de férias, análise da locação de mão-de-obra (com vistas a apurar a regularidade da terceirização), controle das rescisões contratuais, controle do recolhimento da contribuição sindical tanto da categoria econômica quanto profissional, controle da contratação de aprendizes, controle da proteção especial das mulheres, menores e deficientes físicos, controle do pagamento de salários, concessão de vale-transporte, controle do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, controle do cumprimento dos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, controle do cumprimento das normas de saúde e segurança nos locais de trabalho, providências de embargos e interdições, entre outras.

b) *atividade de vigilância e orientação* – é considerada a mais importante atividade dos Auditores e está preconizada na Convenção nº. 81 da OIT. Uma vez desempenhada a contento possibilita um maior cumprimento das normas de proteção aos trabalhadores, ante a promoção de informações e aconselhamentos técnicos aos empregadores que em muitos casos deixam de observar corretamente a legislação apenas por desconhecimento, não tendo a intenção de desrespeito às prescrições legais. Assim, se constatada essa realidade, sustenta-se que deve o Auditor-Fiscal preferir a orientação à punição.

c) *atividade de investigação* - esta atividade contempla diversas providências que o Auditor pode tomar em razão de determinadas ocorrências, compreendendo entre elas a de interrogação do empregador e empregados sobre questões relacionadas ao cumprimento de normas, a de colher amostras e documentos mediante termo de apreensão, investigação de acidentes de trabalho para análise de causas e atribuição de responsabilidade, etc.

d) *atividade de notificação e autuação* - a atividade de notificação compreende a notificação dos empregadores para que apresentem documentos à fiscalização do trabalho para serem auditados. Todo e qualquer documento que possa demonstrar fatos relacionados aos direitos trabalhistas são passíveis de exibição ao Auditor-Fiscal do Trabalho, tais como livros contábeis, comprovantes de registros de empregados, contratos de trabalho, folhas de pagamentos de salários,

recibo de férias, controle de jornada de trabalho, guias de recolhimentos de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, contratos de estágios, etc. A *notificação* tem ainda por finalidade a determinação para que o empregador cumpra efetivamente certas normas trabalhistas que não estejam sendo observadas.

10.0. LIVRE ACESSO

O inspetor do trabalho portando os documentos necessários tem o direito de ingressar nas dependências da empresa, no que diz a respeito ao objeto da fiscalização, havendo resistência poderá o inspetor requisitar força policial (art. 630, §8º da CLT).

A convenção 148 da OIT, no art. 4º, dispõe que os representantes do empregador e dos empregados podem acompanhar os agentes da Inspeção do Trabalho.

Limita-se à proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devido à contaminação do ar, ao ruído e as vibrações no local de trabalho. A convenção não faz referência ao sindicato, mas o representante do sindicato poderá fazer o acompanhamento da fiscalização. Entende-se por representante o previsto no art. 11 da CF, ou em caso de acidente do trabalho o membro do CIPA.

11.0. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS E PRESTAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS

A empresa deverá possuir um livro de inspeção do trabalho aonde será registrada a visita do inspetor ao estabelecimento, data, hora, assim como o início e término da fiscalização, consignando as irregularidades verificadas, sendo que a quantidade de livros deverá ser a mesma de estabelecimentos.

Conforme o art. 628, §§ 1º e 2º da CLT, esse livro deverá ser apresentado ao fiscal para ser observado as últimas anotações das visitas anteriores e se as exigências determinadas foram cumpridas.

O inspetor poderá solicitar também fichas de registro, guias de recolhimento de contribuição sindical, cartões de ponto, acordo de

compensação e prorrogação de horas, atestados médicos, entre outros, e fazer anotações sobre a estrutura do estabelecimento.

As empresas de pequeno porte e microempresas ficam dispensadas do livro de inspeção. As empresas que dispensarem ou admitirem empregados ficam obrigadas a fazer a respectiva comunicação as Delegacias Regionais de Trabalho, mensalmente até o dia 7 do mês subsequente, como estabelecido em regulamento em relação nominal por estabelecimento, da qual constará a indicação da CTPS do trabalhador.

O inspetor poderá fazer perguntas aos empregados sobre as condições de trabalho e a respeito dos itens fiscalizados.

Em contra partida, o inspetor terá a obrigação de prestar esclarecimentos que forem necessários ao empregador.

12.0. AUTUAÇÕES E MULTAS

Quando as irregularidades forem sanáveis, o inspetor deverá conceder um prazo para que a empresa cumpra as determinações, caso o contrário, deverá autuar a empresa, impondo-lhe multa.

Será feito uma auto de infração em duplicada, com os motivos e fundamentos legais da autuação especificados. O art. 636, § 6º da CLT prevê que se a multa for recolhida até 10 dias após a notificação a mesma será reduzida a 50%.

O art. 627-A da CLT, diz que poderá se instaurado procedimento especial para ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada pelo RIT.

Salvo essas hipóteses, toda a verificação em que o Auditor Fiscal concluir pela existência de violação de preceito legal, deverá corresponder a lavratura de auto de infração, sob pena de responsabilidade administrativa.

O empregador terá o direito de recorrer da multa, requerendo

audiência para fazer provas. Mantido o auto, caberá recurso no prazo de 10 dias que será analisado pela DRT. O Ministério do Trabalho poderá avocar o processo, visando ao reexame das decisões.

Nos casos de artifício arдил, simulação, desacato, embaraço ou resistência à ação fiscal, as multas poderão ser agravadas até o grau máximo, devendo levar em conta também tanto as atenuantes ou agravantes e a situação financeira do infrator.

Não será reincidente o empregador que não for novamente autuado por infração ao mesmo dispositivo decorridos dois anos da imposição da penalidade.

Normalmente, a CLT trata de multas ao final de cada capítulo. O descumprimento de um preceito do capítulo gera a multa respectiva.

13.0. FISCALIZAÇÃO DA APLICAÇÃO DAS CONVENÇÕES E ACORDOS COLETIVOS

Há argumentos de que não é possível a inspeção trabalhista fiscalizar a aplicação das convenções ou acordos coletivos de trabalho, por se tratar de negócio privado, realizado interpartes. Porém Sérgio Pinto Martins, a doutrina que adotamos, acredita que seja possível esse tipo de fiscalização.

Assim explica ele: “A convenção n.º 81 da OIT tem natureza federal, pois passa a integrar o ordenamento jurídico nessa condição e com tal hierarquia uma vez que foi ratificada pelo Brasil. O art. 21 estabelece que o sistema de inspeção no trabalho irá fiscalizar as empresas para assegurar a aplicação das disposições legais relativas as condições de trabalho e a proteção dos trabalhadores o exercício da profissão. A convenção e o acordo coletivo têm disposições sobre condições de trabalho e proteção aos trabalhadores, podendo, portanto, ser objeto de fiscalização pelo Ministério do Trabalho. O art. 27 esclarece que a expressão disposições legais compreende, além da legislação, as sentença arbitrais e os contrato coletivos que tem força de lei, e cuja aplicação os inspetores de trabalho estão encarregados de assegurar”.

Ele acredita que a expressão normas de proteção ao trabalho pode se entender em sentido amplo, compreendendo convenções, e acordos coletivos. Porém quando houver incompatibilidade entre legislação e as convenções coletivas, o empregador não poderá ser autuado, mas o fiscal deverá comunicar o fato a chefia imediata, que o submeterá a consideração da autoridade regional. Recebida a comunicação a autoridade apresentará denúncia a Procuradoria Regional do Trabalho que promoverá ação contra a referida norma coletiva. O Ministério do Trabalho não tem competência para declarar a legalidade ou não da cláusula, o que só pode ser feito pela Justiça do Trabalho, pois o inciso XXVI do art. 7º da CF reconhece os acordos e as convenções coletivas de trabalho.

Outro argumento é que a norma coletiva se incorpora ao contrato de trabalho e passa dele fazer parte. Há o efeito normativo, já que a mesma vale para toda a categoria, e o fiscal deve velar por sua observância na assistência às rescisões dos contratos de trabalho. As convenções coletivas são fontes do Direito, logo o descumprimento da convenção coletiva importa transgressão ao próprio ordenamento jurídico.

Porém inexistente na lei, a tipificação da multa pela transgressão da norma coletiva, impedindo, à primeira vista a aplicação da penalidade, que deveria ser estabelecida na norma legal. Contudo se houver violação, deve o fiscal do trabalho lavrar o auto, baseado no dispositivo legal da CLT infringido, e mencionar a norma coletiva transgredida.

14.0. CONCLUSÃO

Procuramos dar destaque sintetizado dos pontos principais que nos permite tomar uma conclusão do objeto do estudo, o que não é logicamente uma posição absoluta acerca do tema.

Depreendemos do estudo que a fiscalização do trabalho surgiu em 1891 no Brasil, mas por vários anos foi ineficaz, devido a União não ter da competência privativa para legislar sobre o Direito do Trabalho, pois os Estados eram os detentores da competência para legislar sobre o assunto.

Somente após a reforma legal a competência passou a ser da União e, por volta de 1965, após a aprovação da CLT que, ressalte-se aqui ocorrera há vinte anos antes, temos uma efetivação em relação à fiscalização do Trabalho.

O nosso ordenamento jurídico dotou o Ministério do Trabalho dos chamados “poderes de policia”, e, usando da atribuição destes, o auditor-fiscal tem o direito de verificar todo o estabelecimento, documentação, papeladas, objetos e estrutura do local, requerer “conversas” com funcionários e patrões, tudo para que as Leis Trabalhistas tenham verdadeira efetividade.

O legislador não esqueceu das situações onde o indivíduo não aplica a determinação legal justamente por não conhecê-la, e para tanto criou as “notificações”, ou seja, o duplo grau de visitas, justamente para que o fiscal informe, conscientize e notifique o fiscalizado, para que somente em sua segunda visita possa constatar se todas as exigências foram cumpridas, e aí sim, uma vez constatado que as irregularidades persistem, multá-lo, lembrando que há as exceções como nos casos onde a infração for por falta de registro de empregado, ou anotação na CTPS, ou ainda na ocorrência de reincidência, fraude, resistência, ou embaraço à fiscalização.

Conclui-se portanto, que a Fiscalização do Trabalho é uma atividade estatal, desempenhada por agentes revestidos de poderes especiais para exercerem atividades preventivas ou repressivas, com vistas a garantir a efetiva obediência às normas trabalhistas e, por consequência, a melhoria da condição social do trabalhador.

No entanto, nesta atividade, há o abuso de autoridade ou arbitrariedade por partes dos agentes, estando estes sujeitos a responderem através de processo administrativo por qualquer atitude que venha extrapolar os poderes a eles legalmente conferidos.

16.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. A Fiscalização do Trabalho na Globalização: O Caso Brasileiro. Revista LTr, vol. 62, nº. 01.

COSTA, Orlando Teixeira da. O Direito do Trabalho na Sociedade Moderna. São Paulo: LTr, 1999.

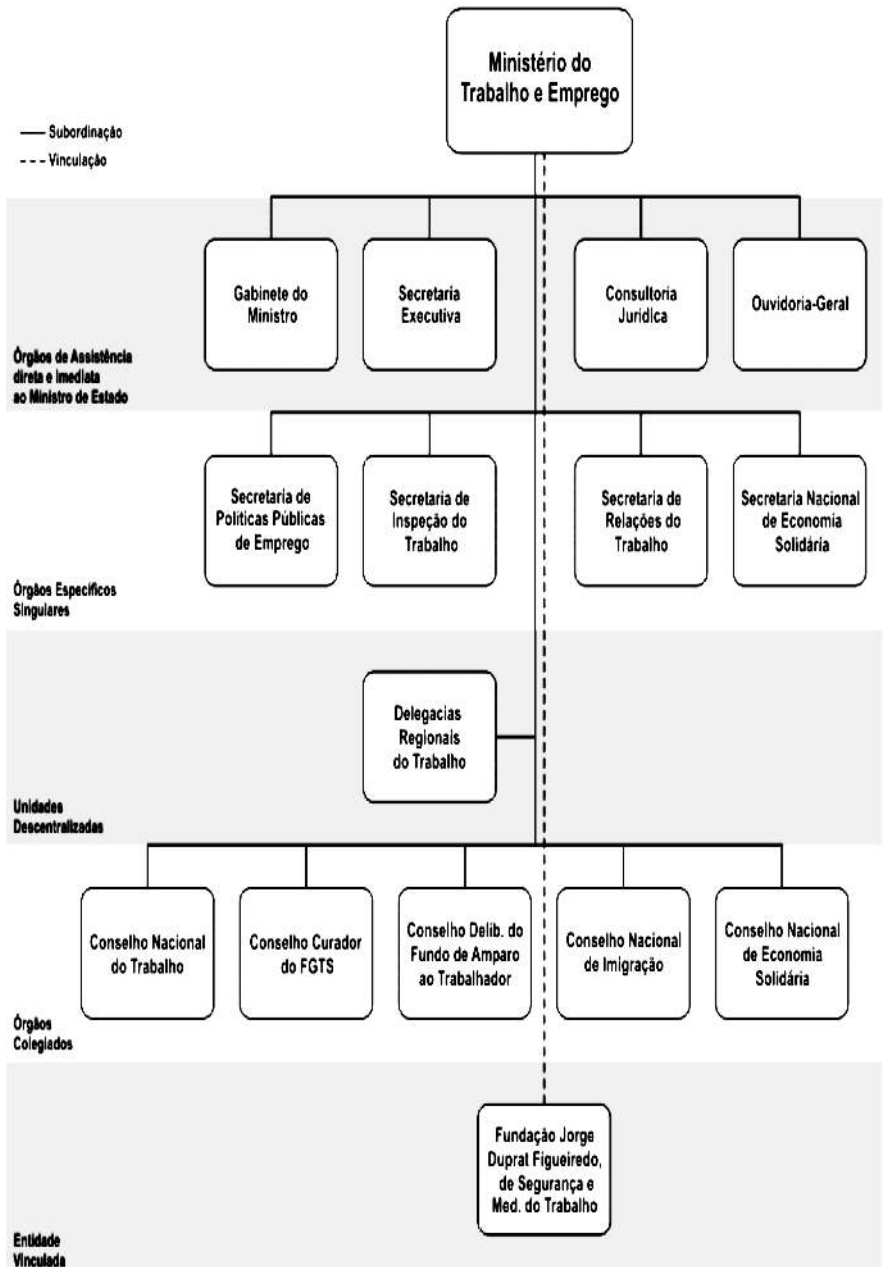
MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho, vol. IV, "Direito Tutelar do Trabalho".

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 10ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2.000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 13ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2.000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 1989.

REALE, Miguel. "A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito", *in Nova Fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990.

15.0. ANEXO:**Quadro Estrutural do Ministério do Trabalho e Emprego**

DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Melissa Alves Paiva Mendonça

Acadêmica do Curso de Direito da FACTU

Luciano Lucas Cardoso

Mestre em Direito Privado

Coordenador do Curso de Direito da FACTU

RESUMO

A garantia dos direitos constitucionais não teria conseqüências práticas se não houvesse mecanismos que permitissem acionar o Poder Judiciário no caso de violações. Os artigos 127 a 135 da Constituição Federal definem as Funções Essenciais à Justiça em Advocacia Pública, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Privada. A Advocacia Pública tem a função de representar os interesses do Estado quando este é parte em processos judiciais e extrajudiciais. Isso porque o Estado tanto pode processar pessoas ou instituições para a defesa de seus interesses, quanto pode ser processado por elas. O Ministério Público tem o dever de trabalhar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ele pode ser procurado por qualquer pessoa para denúncias que envolvam estes temas, e trabalhará gratuitamente. A Advocacia Privada é exercida pelos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, a OAB, que trabalham para qualquer pessoa ou instituição privada, mediante o pagamento de honorários. Para quem não tem condições de pagar um advogado, a Constituição prevê a Defensoria Pública, um serviço público que promove a orientação e defesa jurídicas gratuitamente. Nenhuma dessas funções integra o Poder Judiciário. Existe a independência funcional para garantir que os interesses das partes – autor ou réu – sejam amplamente defendidos, com imparcialidade, o que não aconteceria, por exemplo, se aqueles que os defendem estivessem subordinados ao Juiz.

PALAVRAS CHAVE: Funções essenciais à justiça, Advocacia Pública, Advocacia Privada, Defensoria Pública, Advocacia.

ABSTRACT

The guarantee of constitutional rights would have practical

consequences if there were no mechanisms that allowed to activate the Judiciary Power in case of violations. Articles 127 to 135 of the Federal Constitution define the Essential Functions to Justice in Public Advocacy, Public Ministry, the Public Defender and Private Law. The Public Advocacy in is charge of representing the interests of the state when it is part of judicial and extra judicial law suits. That's because the state can sue both individuals or institutions for the protection of their interests, as well as being sued by them. The Public Ministry has the duty of working in defense of the legal order, the democratic regime and of unavailable social and individual interests. He can be sought by any person for complaints involving these issues, and will work for free. The Private Advocacy is exercised by lawyers registered in the Order of Lawyers of Brazil, the OAB, who work for any person or private institution, upon payment of fees. To those who can not afford to pay a lawyer, the Constitution foresees the Public Defendesive, a public service that promotes free legal guidance and protection. None of these functions integrates the Power Judiciary. There is a functional independence to ensure that the interests of the parties - author or defendant - are largely protected, with impartiality, which is not the case, for example, if the ones who defend them were subordinated to the Judge.

KEY WORDS: Essential functions to justice, Public Advocacy, Private Advocacy, Public Defensive, Advocacy.

1.0. INTRODUÇÃO

Com o objetivo de dinamizar a atividade jurisdicional, o poder constituinte originário institucionalizou atividades profissionais (públicas e privadas), atribuindo-lhes o *status* de funções essenciais à Justiça, tendo estabelecido suas regras nos artigos 127 a 135 da Constituição Federal: Ministério Público (arts. 127 a 130), Advocacia Pública (arts. 131 a 132), Advocacia (art. 133) e Defensoria Pública (art. 134). O presente trabalho abordará somente a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública.

2.0. DA ADVOCACIA PÚBLICA

A representação judicial da União, ou a advocacia do Estado,

vinha tradicionalmente sendo exercida pelo Ministério Público. Cumpria este um *dúplice mister*. De um lado levava a efeito as clássicas funções de defensor da ordem jurídica, de guardião da lei, promovendo a acusação penal, bem como de fiscal da aplicação do direito em processos entre terceiros. De outro, desempenhava o papel de advogado da União, defendendo-a nos processos contra ela movidos ou mesmo quando autora.

Esta duplicidade foi motivo de não poucas críticas. Como poderia ser lícito ao mesmo órgão acumular as desinteressadas funções de *custos legis*, e ao mesmo tempo assumir os interesses de uma das partes em juízo?

A Constituição de 1988 pôs cobro a essa situação, institucionalizando a Advocacia-Geral da União, com as funções de representação desta, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe ainda, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo (art. 131).

Procede-se assim a uma unificação do contencioso com a atividade de prestação de consultoria aos diversos órgãos que integram o Executivo (Administração direta e indireta).

O órgão em questão é chefiado pelo Advogado-Geral da União, livremente nomeado pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Sem dúvida foi um grande passo que se deu no sentido de uma melhor caracterização das carreiras jurídicas, trabalho esse consolidado por duas outras inovações da atual Carta, de que trataremos a seguir.

A primeira diz respeito à institucionalização de Procuradorias no plano dos próprios Estados-Membros. Na verdade, este era assunto relegado às autonomias estaduais, que disciplinavam as suas respectivas carreiras advocatícias (quando as havia) como melhor lhes aprouvesse. O Texto Federal nada dispunha a respeito. Já agora figura na Constituição da República, no seu art. 132, a contemplação da situação dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Fica

ali dito que serão eles organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a incumbência de exercer a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Aplicam-se às carreiras de que estamos tratando neste capítulo o disposto nos arts. 37, XII, e 39, § 1º. O primeiro consagra os vencimentos do Poder Executivo como teto ou limite máximo a ser pago aos cargos da mesma natureza dos Poderes Legislativo e Judiciário. A procura, contudo, de uma equivalência de vencimentos entre as carreiras jurídicas não fica aí. O art. 39, § 1º, impõe à lei a missão de nivelar a remuneração de cargos análogos, *in verbis*:

“A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou local de trabalho”.

Em alguns casos poderá apresentar alguma dificuldade o dizer se determinado cargo tem funções senão iguais ao menos assemelhadas, como exige o dispositivo acima transcrito. Todavia, com respeito às carreiras do Ministério Público, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias estaduais e das Defensorias Públicas em geral, não pode haver dúvida quanto à sua inserção debaixo do preceito equiparador, por força do art. 135 da Constituição que manda à lei regulamentar dar implemento a essa medida isonômica.

Na sua composição, a Advocacia Pública, tem-se os órgãos de direção superior, de execução e de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União. São órgãos de direção superior: o Advogado-Geral da União, a Procuradoria-Geral da União e a Fazenda Nacional, a Consultoria-Geral da União, o Conselho Superior da Advocacia Pública e a Corregedoria-Geral da Advocacia da União. São órgãos de execução: as Procuradorias Regionais da União e as da Fazenda Nacional e as Procuradorias da União e as da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal e as Procuradorias Seccionais destas, a Consultoria da União, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das

demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas. O Gabinete do Advogado-Geral da União é o órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União.

A chefia é exercida pelo Advogado-Geral da União, o qual é de livre nomeação do Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. O ingresso nas classes iniciais das carreiras da Advocacia Pública é por meio de concurso público de provas e títulos.

Nos Estados e no Distrito Federal, os seus Procuradores exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica. Sobre o ingresso na carreira, ela depende de concurso público de provas e títulos.

A organização e funcionamento da Advocacia Pública é feito pela Lei Complementar 73, de 10 de fevereiro de 1993, denominada Lei Orgânica da Advocacia Pública.

3.0. DA ADVOCACIA

3.1. Introdução

O advogado, como defensor dos direitos de seu cliente, é indispensável a administração da justiça. A indispensabilidade refere-se a importância do causídico como garantidor dos direitos de seu representado. Por indispensável, não quer dizer que o advogado deva estar presente em todos os processos judiciais, isso porque, no juizado especial, na Justiça do Trabalho e na Justiça de Paz, a sua presença não é exigida. Deveras, o exercício da advocacia é serviço público. Ao restabelecer a liberdade ou permitir o exercício de um direito, o advogado estará exercendo função social de alta relevância, além de ser ato de nobreza e de satisfação.

Para o exercício da advocacia, a pessoa deve estar inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. O pretendente a inscrição deve preencher vários requisitos: a) capacidade civil; b) ser bacharel em Direito; c) ter o título de eleitor e quitação com o serviço militar (se brasileiro); d) aprovado no Exame de Ordem; e) não exercer atividade com a advocacia; f) ter idoneidade moral; g) prestar compromisso Conselho.

A Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

3.2. Histórico da Advocacia

Não foi encontrada a profissão de advogado organizada como uma instituição autônoma na época da independência do Brasil.

Nas Ordenações Afonsinas, bem como nas Manuelinas, havia normas sobre o exercício da advocacia, estabelecendo que somente poderiam advogar aqueles que cursassem Direito Canônico ou Direito Civil, durante oito anos, na Universidade de Coimbra, e após dois anos da conclusão dos estudos. Quem exercesse a advocacia sem estar para tanto habilitado, poderia ser preso. Também corria o risco de prisão aquele que abandonasse a causa.

Nas Ordenações Filipinas, que foram as últimas a vigorar no Brasil, já se antecipava a necessidade daquilo que se tornou o exame para ingresso na Ordem: “Na Casa de Suplicação em que as causas se decidem em última instância, não são admitidos os advogados sem prévio exame”.

No ano de 1843, foi fundado o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, cujo principal objetivo foi a criação da Ordem. O Instituto tinha sua sede no Rio de Janeiro, mas não possuía, dentre suas atribuições, a de fiscalização da vida profissional dos advogados. A fiscalização era exercida pelo Poder Judiciário, e mesmo assim com certas limitações.

Para o bacharel em Direito ingressar no Instituto, e tomar-se advogado, bastava ter concluído o curso e apresentar seu diploma de conclusão para registro nos Tribunais de Justiça. Não se apuravam os conhecimentos do profissional, nem mesmo a procedência ou validade do diploma. Tratava-se assim de mera formalidade.

A OAB nos moldes atuais só foi criada a partir do Decreto n. 19.408, de 8 de novembro de 1930. O art. 17 assim dispunha:

“Fica criada a Ordem dos Advogados Brasileiros, órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, que se regerá pelos

estatutos que forem vota dos pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com a colaboração dos Institutos dos Estados, aprovados pelo Governo”.

De lá para cá, a Ordem foi regida por diversos estatutos. O atualmente em vigor é o da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, que, de início, dispõe, no seu primeiro artigo sobre as atividades privativas de advocacia:

“Art. 1.º 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”.

3.3. O Papel do Advogado na Atual Constituição

Algumas das Constituições anteriores fizeram referência ao advogado. Tratava-se sobretudo de assegurar representantes da Ordem dos Advogados do Brasil na realização de concursos para a magistratura. A atual Lei Maior mantém essa participação, deixando inclusive certo que a Ordem dos Advogados se faz presente a todas as fases do certame, o que era matéria polêmica anteriormente.

O grande avanço, contudo, deu-se com a inclusão no Texto Magno do art. 133, que reza: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Embora já dispusesse de garantias desse teor por força do Estatuto que rege a carreira (Lei n. 4.215), a verdade é que a elevação da imunidade ao nível c própria Constituição acaba por lhe conferir uma dignidade e um peso que não podem ser desprezados. E certo que a conformação última dessa prerrogativa continua a depender de lei ordinária, por expressa remissão da Lei Maior. De qualquer modo, trata-se doravante de uma sorte de inviolabilidade não suscetível de revogação pela lei comum, embora, como visto, não se negue a ela o papel de determinar os contornos da garantia, o que não significa revogá-la ou mesmo amesquinhá-la de forma incompatível com a sua ascensão constitucional.

Vê-se que a advocacia mereceu especial previsão em nossa Constituição, sendo considerada indispensável à boa administração da justiça.

Embora já dispusesse de garantias desse teor, por força do Estatuto que regia a carreira àquela época (Lei n. 4.215/63), a verdade é que a elevação da imunidade ao nível da própria Constituição acaba por lhe conferir uma dignidade e um peso que não podem ser desprezados.

O novo Estatuto da Ordem (Lei n. 8.906/94) estabelece os contornos dessa garantia, ao dizer:

“Art. 2.º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2.º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3.º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites dessa lei”.

Vale comentar ainda que a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil é respeitável, ocupando relevante posição na Carta Magna. Nesse sentido é que se lhe confere legitimidade ativa na defesa de interesses de grande amplitude. É o caso da legitimação para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no qual o Conselho Federal da Ordem (art. 103, CF) é a única entidade, dentre os representantes diretos da sociedade, nomeadamente investida dessa função. Também é o caso da elaboração de lista sêxtupla para o preenchimento dos lugares dos Tribunais Regionais Federais e dos Estados (nos termos do art. 94), o que equivale a dizer que detém participação no processo de investidura na carreira judiciária.

Sobre o papel do advogado em face da Constituição, valeria muito a transcrição aqui de breve excerto de elocução proferida pelo eminente Ministro e brilhante advogado, Roberto Rosas: “Encerrando o meu tempo, gostaria de fazer uma consideração final e geral, de preocupação não somente para com as benesses que os advogados recebem nesta Constituição com o art. 133, mas também com os

dispositivos que tratam do advogado ou dão ao advogado uma certa participação. Como nós estamos aquinhoados com esta posição, também somos aquinhoados com a preocupação decorrente da função do advogado, da importância do advogado, do seu significado dentro desta Constituição. Então, ao mesmo tempo que somos, como profissão e como atividade, exaltados na Constituição, temos também o dever e a preocupação dos cuidados necessários na sua interpretação, na sua aplicação, nos seus cuidados, procurar corrigir os desvios da Constituição e criticar aqueles pontos que devem ser criticados até para que haja um aprimoramento da ordem jurídica” (A Constituição brasileira de 1988; interpretações, Forense Universitária, p. 277).

3.4. Imunidade

No exercício da advocacia, dentro ou fora de juízo, o advogado goza de imunidade, não constituindo injúria ou difamação qualquer manifestação da sua parte. O crime de desacato, também, veiculava como caso de imunidade, mas, o Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade suspendeu a sua eficácia.

3.5 Incompatibilidades e Impedimentos

A incompatibilidade e o impedimento são determinantes na proibição do exercício da advocacia. Naquela, a proibição é total, enquanto, nesta, é parcial.

Ainda que em causa própria, a advocacia é incompatível com as seguintes atividades: a) chefe do Poder Executivo e membros da Mesa do Legislativo e seus substitutos legais; b) membros dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, dos tribunais e conselhos de contas, dos juizados especiais, da Justiça de Paz, juízes classistas, bem como todos os que exerçam função de julgamento em órgão de deliberação coletiva da administração pública direta ou indireta; c) ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos da Administração Pública direta ou indireta, em suas fundações e em suas empresas controladas ou concessionárias de serviço público; d) ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exerçam serviços

notariais e de registros; e) ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza; f) militares de qualquer natureza; g) ocupantes de cargos ou funções que tenham competência de lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais; i) ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

Estão impedidos de exercer a advocacia: a) os servidores da administração direta, indireta ou fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora; b) os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídica de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

4.0 DEFENSORIA PÚBLICA

A necessidade de prestar um auxílio aos necessitados, para que esses possam ter uma atuação em juízo assemelhada à da parte contrária, foi já reconhecida pelos povos mais antigos. Percebeu-se que sem se propiciar aos desafortunados condições mínimas, para que pudessem atuar em juízo, a justiça restaria letra morta. Os pobres nunca poderiam fazer valer seus direitos, por falta de meios. O princípio fundamental da igualdade de todos perante a lei ficaria seria mente conspurcado. Daí porque ser perfeitamente compreensível a precocidade da aparição do problema, contemporâneo ao surgimento dos primeiros sistemas jurídicos, embora não se negue que só os desdobramentos mais recentes do Estado de Direito tenham podido trazer ao direito uma expressão substantiva.

Vejam os que dizem estes dois autores, tratadistas eméritos do tema, Humberto Peña de Moraes e José Fontenelle T. da Silva (cf. Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado, 2. ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 201): “Almejada desde as épocas pré-cristãs do Estado, são fartos os vestígios da preocupação pelos carentes, já em legislação como o Código de Hamurabi, nas

normas vigorantes em Atenas e em Roma. E atribuída a Constantino (288-337) a primeira iniciativa de ordem legal, ao depois incorporada na legislação de Justiniano (483-565). Consistia em dar advogado a quem não possuísse meios de fortuna para constituir patrono”.

Os autores recém-transcritos trazem excelente excerto do Digesto, que registrava:

“ 5.º Deverá dar advogado aos que o peçam ordinariamente às mulheres, ou aos pupilos, ou aos de outra maneira débeis, ou aos que estejam em juízo, se alguém os pedir; e ainda que não haja nenhum que os peça deverá dá-los de ofício. Mas se alguém disser que, pelo grande poder de seu adversário, não encontrou advogado, igualmente providenciará para que lhe dê advogado. De mais, não convém que ninguém seja oprimido pelo poder do seu adversário; pois também redundaria em desprestígio do que governa uma província, que alguém se conduza com tanta insolência que todos temam tomar a seu cargo ad vogado contra ele”.

Não vamos aqui retrair toda a evolução histórica que o tema vem sofrendo através dos séculos, nem dar um apanhado minucioso de como se encontra a questão no mundo atual. Esse trabalho é cuidadosamente feito pelos autores citados, a quem tomamos a liberdade de encaminhar o leitor.

No Brasil, a assistência judiciária tem suas raízes nas Ordenações Filipinas. Esse diploma foi muito importante na história do Brasil porque, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, vigorou por estas terras até 1916.

No Livro II Título 84, § 10, registrava:

“Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro no tempo, em que havia de pagar o agravo”.

Com o passar dos anos, a incumbência vai gradativamente recaindo nos ombros da classe dos advogados, coisa que não era estranha às idéias reinantes, de há muito, nas corporações de causídicos.

Já Dupin, que figurava na genial galeria dos notáveis advogados e oradores franceses do século XVIII, interrogava:

“E quem, então, defende os acusados? Não é no seio de nossa ordem que se formou esta generosa resolução de nos competir, numa troca de papéis, a defesa de ofício gratuita de todos os acusados? Todos, quaisquer que fossem sua miséria e seu despojamento, encontrando em nós socorro, zelo, proteção. Nós os consolamos, nós sustentamos suas esperanças, nós somos seus confessores temporais.”

Mas esse acúmulo de trabalho resultante da prestação da assistência judiciária gratuita, por quem já se encontra onerado com os encargos da profissão da qual depende para sobreviver, não deixou de merecer, desde logo, justas críticas, chegando-se a ver, mesmo, aí uma locupletação ilícita por parte do Estado. E que a prestação ou patrocínio gratuito mantinha uma conotação caritativa e acabava por recair nos advogados, a quem era imposto como um dever.

Era caridade prestada pela Ordem, através de seus associados, que tinham seu ministério privado, inexplicavelmente, explorado pelo Estado.

A Constituição de 1934 contempla a assistência judiciária: “A União e os Estados concederão aos necessitados defesa judiciária, as segurando a isenção de custas, taxas e selos”.

O Estado de São Paulo, em 1935, cria o primeiro serviço governamental de assistência judiciária no Brasil, composto de advogados assalariados pelo Estado.

A Constituição de 1946 retoma o tema: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.

Em função disso, o Estado de São Paulo, através do Decreto-Lei n. 17.330, de 1947, criou um Departamento Jurídico do Estado, a denominada Procuradoria de Assistência Judiciária, hoje erigida em uma das três subprocuradorias que compõem aquela carreira.

Referência cumpre ser feita à Lei n. 1.060 que, nada obstante

ter avança do na matéria, acabou por confundir os conceitos técnico-jurídicos de justiça gratuita e assistência judiciária, na feliz observação de Humberto Peña e José Fontenelle.

Para desfazer o equívoco citam Pontes de Miranda:

“Assistência Judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A Assistência Judiciária é organização estatal, ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo”.

A referida Lei n. 1.060 esteve longe de resolver o problema; atribuiu aos Estados a tarefa de prestar assistência judiciária, desvencilhando a União de qualquer responsabilidade no assunto. A falta de diretrizes seguras acabou por dar lugar a mais de uma sistemática, pelas quais os diversos Estados procuraram desincumbir-se de seu mister.

Ao lado do já referido modelo do Estado de São Paulo, que encarta a assistência judiciária, dentro da sua Procuradoria-Geral do Estado, há, aqui, que se fazer referência aos passos dados pelo antigo Estado do Rio de Janeiro, depois fundido com o da Guanabara, de que resultou o atual Estado com aquele mesmo nome.

O antigo Estado do Rio de Janeiro, em 1954, criou seis cargos isolados de provimento efetivo, com seus ocupantes denominados “defensores públicos”.

Em 1962, a Lei Orgânica do Ministério Público e da assistência judiciária, de n. 5.111, atribuiu aos defensores públicos o desempenho cabal da assistência judiciária.

Diversos passos se dão na condição dos defensores públicos, que, de agentes subordinados à Procuradoria-Geral do Estado, passam a sê-lo do Ministério Público.

O grande avanço, contudo, vai se dar por ocasião da fusão dos dois Estados.

Nos trabalhos realizados na Assembléia Constituinte, da nova unidade, resultou a criação independente de uma novel carreira, a da assistência judiciária, com o ingresso de seus membros mediante concurso público e com prerrogativas, atribuições e regime disciplinar estatuídos por Lei Orgânica Complementar à Constituição.

Esta solução, de certa forma, é a encampada pela nova Constituição, conforme o dispositivo sob comento.

Com efeito, a atual Lei Maior não se limitou a consignar o dever de prestação da assistência judiciária. Ele deixa claro a quem compete fornecê-la. Isto é feito pelo art. 134 e seu parágrafo único, que deixa certa a existência de uma defensoria pública no nível da União e do Distrito Federal, que será organizada pela primeira, assim como patenteia a existência de uma defensoria nos Estados, submetida a normas gerais de nível federal.

O segundo ponto inovador é que a própria lei das leis chamou a si o ditar a modalidade fundamental dessa prestação, que, como vimos, consiste na instituição de carreiras próprias, com prerrogativas e deveres adequados.

Não se sabe, ainda, qual a coloração que assumirá a defensoria pública nos Estados, pois que a matéria depende do que vier a ser estipulado pelas normas gerais a que se refere o parágrafo único do art. 134.

O que é certo é que se excluem outras modalidades de assistência jurídica aos necessitados que não seja a da própria defensoria pública.

Esta detém, com exclusividade, a função de orientar juridicamente e de defender, em todos os graus, os necessitados. Impõe-se, portanto, a criação da defensoria pública, tanto no âmbito federal, quanto no estadual. Isto não quer dizer, contudo, que não possam vir as normas gerais já referidas a permitirem a

compenetração de mais de uma carreira. E dizer, parece viável que Estados que já possuem uma carreira voltada à prestação da assistência judiciária, ainda que não a título exclusivo, venham a ser obrigados a cindi-las, com o indiscutível aumento dos custos administrativos da manutenção de duas infra-estruturas diferentes.

Se não vedados pelas normas gerais, os Estados estão habilitados a, quando estas se lhes afigurarem a melhor forma, instituir ou mantê-las.

5.0. CONCLUSÃO

Recalcadas formas de garantia ao cidadão, as funções essenciais à justiça sobressaem em meio aos diversos artigos, incisos e dispositivos constitucionais que procuram, mais do que simplesmente tutelar uma ordem de direitos e deveres, mais que salvaguardar interesses institucionais erodidos pela evolução social, instaurar, por meio da ordem constitucional, um repertório de princípios, valores, regras e conjuntos de prescrições de caráter programático, sulcando um caminho de heterogêneas construções tendentes à implementação, em toda a sua plenitude, do Estado Democrático de Direito. Este, e seus fundamentos, descolam-se do art. 1º do texto constitucional como dirigentes de todas as demais preceituações subseqüentes. Assim é que as normas programáticas, ao lado dos princípios constitucionais, não simplesmente preceitos de ordem prospectiva, mas sobretudo instrumentos presentes para o alavancamento da estrutura democrática do país.

6.0 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. *Constituição da Republica Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: origens e modelo jurídico internacional.

Renato Maso Previde.

Advogado em Franca-SP.

Mestre em Direito Privado pela UNIFRAN

Coordenador do Curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro-SP

RESUMO

Esta nova forma de responsabilidade da Administração Pública, por intermédio das Parcerias Público-Privadas, traz conseqüências no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que algumas questões modificam o próprio desenvolvimento do Direito Administrativo aplicado no País, ao alterar a visão de um Estado Social para outro Pós-Social, que terá grande predominância da transferência de responsabilidades do Estado para a iniciativa privada. No entanto, ao fazermos esta incursão ao Direito Público, não deixamos de focar o Direito Privado, que será o grande beneficiário de um programa de Parcerias Público-Privadas, uma vez que trará um volume de investimentos inéditos para o setor privado para que o Poder Público utilize algo que não possui: o empreendimento e a eficácia em suas realizações. O novo instituto trará, possivelmente, grande desenvolvimento na infra-estrutura do País, trazendo bons resultados para o povo, caso seja eficaz a utilização do dinheiro público.

PALAVRAS CHAVES: Processo Administrativo; Saneamento Básico; Parcerias Público-Privadas; *Best Value for Money*.

ABSTRACT

This new form of responsibility of the Public Administration, through the Public-Private Partnerships, brings consequences in the juridical order, considering that some issues modify the actual development of the Administrative Law applied in the country, when changing the vision of a Social State for another Post-Social vision, which will have great predominance of the transference of responsibilities from the State to the private initiative. However, by doing such incursion to the Public Law, we also focus on the Private

Law, which will be the major beneficiary of a program for Public-Private Partnerships, as it will bring an unprecedented amount of investments for the private sector so that the Power Public use something that it does not have: the enterprise and efficiency in its achievements. The new institute will possibly bring great development in the infrastructure of the country, bringing good results for the people, if the use of public money is effective.

KEY WORDS: Administrative Procedure; Sanitation; Public-Private Partnerships; Best Value for Money.

1.0. INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.079/04 constitui uma legislação recém-aprovada e que passa para o plano da existência para figurar dentre restrita legislação sobre o tema.

O interesse surge por intermédio da vontade em que nossa pesquisa pudesse significar um esforço inicial em construir uma bibliografia especializada e uma contribuição ainda que modesta para a divulgação da existência da nova forma contratual e das emergentes alterações na legislação que vincula interesse público e privado, simultaneamente.

Desta forma, a novidade demonstrada exige uma pesquisa mais elaborada e passível de posições novas por parte do pesquisador, uma vez que a Lei das Parcerias Público-Privadas traz em seu conteúdo uma série de definições que sequer eram pensadas no Direito Administrativo que existia em nosso País, fazendo com que novo instrumento fosse criado para entregar ao Poder Público a eficiência estatuída na Constituição Federal, para que esta seja realmente implementada como “Constituição Cidadã”, ao prestar a assistência necessária ao povo.

Acreditamos dever ministrar a teoria de que os dois ramos do Direito (Público e Privado) vêm perdendo o conteúdo de seus conceitos, de acordo com o posicionamento de Salomão Filho¹, onde leciona que há um esvanecer da distinção entre público e privado,

sobretudo em certos campos como o do direito econômico.

Entretanto, tal entendimento deve ser limitado a impossibilidade de uma perda total da distinção, uma vez que conceitos inerentes a cada ramo ainda serão preservados, pois até mesmo essencial para a permanência, tendo em vista que o artigo 170, *caput* e parágrafo único da Constituição Federal transparece o convívio entre normas de Direito Privado e Direito Público, ao estabelecer a livre iniciativa com o limitador da função social.

Assim, teríamos nos ramos público e privado a ocorrência de institutos que destoam totalmente de cada área, bem como institutos que foram originados já com um conteúdo comum aos ramos, em que a interdisciplinariedade é clara ao englobar conhecimentos das duas áreas do Direito, por exemplo, a função social da propriedade, o direito concorrencial, a responsabilidade objetiva etc., em um primeiro plano, e as parcerias público-privadas, em um segundo.

Dessa maneira, repetimos que realmente há uma privatização do público e uma publicização do privado, conforme já destacava Bobbio², ocorrendo uma relação de interdisciplinariedade entre os dois ramos do Direito, mas também havendo distinções de conceito em outros institutos característicos exclusivamente de Direito Público e outros de Direito Privado, o que se torna importante demonstrar tal como pretende esta dissertação.

Conseqüentemente, a Lei nº 11.079/04 surge como o instrumento viável como participação mínima do Estado e maior desoneração do indivíduo e da sociedade a não gravar ainda mais o cidadão, uma vez que seus requisitos essenciais demonstram o longo prazo para a implementação e execução do projeto de Parceria Público-Privada, sendo necessária a tomada de posição de que tal instituto deve ainda reduzir a carga tributária representada pelo “Custo Brasil”, onde tributos são imputados ao cidadão sem a efetiva contraprestação, em se inserindo as Parcerias Público-Privadas em

1 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato*: primeiras anotações. São Paulo: RT, 2004, v. 823, p. 73.

2 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. 9ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001, p. 26.

nosso ordenamento jurídico, após sua generalização e a avaliação do vulto da desoneração de encargos públicos.

Importa observar que o contrato de Parceria Público-Privada representa uma nova figura no ordenamento jurídico nacional, caracterizando uma democracia participativa, isto é, o Direito que tem o cidadão de participar da ordem pública através do seu engenho, do seu capital e do seu interesse.

Essa transformação na forma de atuar do Estado estatuída pelas modificações citadas acima, deve-se basicamente à: necessidade legal e funcional de ser eficiente em sua ação, ou seja, atender às necessidades da sociedade frente à carência de recursos do Estado ou por falta de condições políticas/orçamentárias para destiná-los a projetos econômicos e sociais.

2.0. ORIGENS E MODELO JURÍDICO INTERNACIONAL

2.0.1. Legislação estrangeira

2.0.1.1. Inglesa.

Wald expõe em sua obra³ que, a partir de 1990, desenvolveu-se a chamada *Private Finance Initiative* - PFI, sendo o correspondente na esfera federal aos Programas de Parcerias Público-Privadas - 4P's, ou seja, a primeira atua em todo o território nacional, enquanto as últimas atuam em um pequeno território regional.

Citando como exemplo desta última, temos o ato 1999 do “Greater London Authority”, que engloba a Prefeitura e a Assembléia de Londres, datado de 11 de novembro de 1999 com a seguinte destinação: fazer provisão sobre transporte e tráfico de estrada dentro e ao redor da Grande Londres⁴.

Cossalter desenvolve mais o conceito emitido acima, quando

3 WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões* (análise das leis nº 8987/95 e 9074/95 e legislação subsequente). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 126.

4 <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1999/19990029.htm>

ensina que a *Private Finance Initiative* - PFI, “antes de ser uma forma genérica de contratação, é um programa de governo britânico visando a encorajar a realização de obras e a gestão de serviços mediante o apoio de um financiamento ou de um pré-financiamento privado”⁵.

O autor identificado acima ainda ensina que o programa possui os seguintes objetivos: “aumentar a capacidade de financiamento do setor público, por meio de pagamentos vinculados ao investimento ao longo da duração da vigência do contrato; elevar a qualidade dos serviços públicos, impondo ao setor privado critérios de qualidade, cujo respeito condicionará o montante dos pagamentos; diminuir a despesa pública, beneficiando-se da competência e da capacidade de inovação do setor privado e das economias realizadas pela adequação das infra-estruturas ao serviço prestado”⁶.

Para exemplificar as várias formas que as Parcerias Público-Privadas podem desenvolver, o programa inglês, classifica-as da seguinte forma:

- B.O.O.T.: “Build, Own, Operate and Transfer”⁷;
- D.C.M.F.: “Design, Construct, Manage and Finance”⁸;
- B.O.O.: “Build, Own and Operate”⁹;
- D.B.F.O.: “Design, Build, Finance and Operate”¹⁰.

Desta vasta experiência utilizada pelas Parcerias Público-Privadas inglesas, o contrato mais utilizado é o DBFO (Projetar, Construir, Financiar e Explorar), sendo que, deste perfil de financiamento, o autor Phillipe Cossalter ainda prevê duas classificações para as *Private Finance Initiative*¹¹. São:

- Services sold to the public sector; e

5 COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 127.

6 COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 128.

7 Construir, Ser proprietário, Fazer funcionar e Transferir.

8 Projetar, Construir, Gerir e Financiar.

9 Construir, Ser proprietário e Explorar.

10 Projetar, Construir, Financiar e Explorar.

11 COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 129.

- Financially Freestanding.

O primeiro tipo colocado acima corresponde às nossas Parcerias Público-Privadas, uma vez que o parceiro privado realiza uma prestação, mediante uma contraprestação (remuneração) pelo parceiro público.

O segundo tipo tem similitude com nossas concessões, propriamente dita, onde o parceiro privado realiza a obra e é remunerado por um preço cobrado perante o usuário.

Assim, podemos diferenciar que no ordenamento pátrio há a diferenciação entre Parcerias Público-Privadas e Concessões, como gênero, enquanto que, no programa inglês não há tal distinção, correspondendo a um tipo aberto, onde os mais variados tipos de parcerias são empregados.

Daí surge a interessante questão de que as *Private Finance Initiative*, bem como as *Partnership Public-Private* não possuem legislação para regê-las.

O que há são quatro instruções que vêm completar um número muito grande de publicações de órgãos específicos, entre eles o grupo de trabalho do Tesouro (*Treasury Taskforce*).

O objetivo de tal elaboração é a manifestação curta e eficiente do Tesouro Inglês (*H. M. Treasury*): *É presentemente claro que o governo quer acordos, não regras*¹².

Desta forma, notamos a nítida diferenciação entre o sistema inglês e o brasileiro, onde aquele estipula contratos para o funcionamento de um instituto, englobando transformações de maneira mais rápida e segura para os investidores privados, enquanto, no sistema brasileiro, o conceito é fechado e limitado a uma série de regramentos que comprometem a transformação do instituto.

12 "The Government has Now Made Clear that it Wants Deals, not Rules". Breeding New Ground. Private Finance Panel. H. M. Treasury, 1993, p. 7.

2.0.1.2. Francesa.

Apesar da imprensa ilustrar que as Parcerias Público-Privadas ou a *Private Finance Initiative* sejam descobrimentos ingleses, a doutrina estrangeira vem ensinar que estas figuras são “analisadas como a versão inglesa do M.E.T.P.”¹³.

M.E.T.P. é a sigla francesa para *Marché d'entreprise de travaux publics*. Tal instituto francês é o denominado “contrato de empreendimento de obras públicas” “e que se costumava definir como um contrato de empreitada de obra pública, peculiarizado pela atribuição ao particular do direito de exploração do bem resultante. Veja-se que a Administração paga ao particular pela execução da obra, o que não exclui o cabimento de o particular obter rendimentos por meio da sua utilização posterior. Trata-se de uma figura muito próxima à concessão de serviço público, mas que comporta custeio das atividades do particular por meio de um preço pago pela Administração. Identifica-se pela conjugação de duas características: prestação de serviço público e remuneração por um preço pago pela Administração.”¹⁴

A figura do *Marché d'entreprise travaux publics* continua com previsão na legislação francesa, mas agora no novo Código de *Marchés Publics*, ou seja, no novo Código de Contratos Públicos.

Convém abordarmos os contratos ou “acordos” de *Private Finance Initiative* ou *Public Private Partnership Programme* os quais são mais amplos que os *Marché d'entreprise Travaux Publics*, uma vez que para classificá-los desta forma, os M.E.T.P. necessitam, em suma, que a exploração da obra faça o contratante, parceiro privado, participar do exercício da própria função à qual a obra é destinada.

Assim, como exemplifica Phillippe Cossalter, “manter a rede de iluminação pública faz o explorador participar da própria função da rede; explorar uma usina de processamento de dejetos se confunde

13 COSSALTER, Phillippe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 163.

14 COSSALTER, Phillippe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 163.

com a exploração mesma do serviço”¹⁵.

Entretanto, não figura *Marché d'entreprise Travaux Publics* e sim *Private Finance Initiative* ou Parcerias Público-Privadas a construção e manutenção de edifícios para escolas se o parceiro privado não participa da empresa no serviço público de ensino.

Desta forma, cabe também observarmos que quase todos os contratos de *Private Finance Initiative* compreendem a exploração do serviço do qual a infra-estrutura é o suporte e não apenas a manutenção da obra, ou seja, grande parte das *Private Finance Initiative* são qualificadas como *Marché d'entreprise Travaux Publics*.

2.0.1.3. Portuguesa.

As primeiras Parcerias Público-Privadas realizadas em Portugal detinham a estrutura de uma *Project Finance* nos mesmos moldes da *Private Finance Initiative* dos ingleses, sendo que começou a ganhar força em 1998, quando foram realizadas as concessões para as travessias rodoviárias sobre o rio Tejo¹⁶.

Por intermédio do início dos estudos, notamos claramente que os Programas de Parcerias Público-Privadas de outros países possuem uma ampliação de conceitos não experimentada pela legislação brasileira.

Em Portugal não é diferente, pois o sistema de parcerias, como gênero ou raiz central de uma série de ramificações, pode ser classificado da seguinte forma¹⁷:

- Público-Privadas: são as mais comuns por englobar o setor público e o privado;
- Parcerias horizontais: entre diferentes ministérios ou

15 COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 168.

16 NETO, Pedro Ferreira. A lição que vem de Portugal. *Revista Rumos*. Belo Horizonte: ABDE Editorial, Setembro-Outubro de 2004, p. 34.

17 BALSAS, Carlos. *Urbanismo Comercial e Parcerias Público-Privadas*. Lisboa: Observatório do Comércio, 2002, p. 28.

- departamentos, perante o governo a um mesmo nível;
- Parcerias verticais: cooperação entre diferentes níveis de governo.

Além das rodovias realizadas em Portugal, outro marco regulatório foi o Decreto-Lei nº 185, de 20 de agosto de 2002¹⁸, onde há a previsão da realização das Parcerias Público-Privadas no sistema de saúde português, não só no atendimento direto do paciente, mas também na gestão do sistema de saúde. Posteriormente, tivemos o Decreto-Lei nº 86, de 26 de abril de 2003¹⁹, que passou a regular as Parcerias Público-Privadas como um gênero.

Acreditamos necessária a transcrição da exposição de motivos do Decreto-Lei nº 185/02, que levaram o governo português a realizar tal modalidade de parceria, uma vez que poderá contribuir para um estudo mais minucioso por parte de nossos governantes, afim de mostrar a mudança de ideologias para utilizar tal programa de parcerias. Vejamos:

Constitui uma das prioridades do Governo o aprofundamento das experiências inovadoras de gestão de natureza empresarial e de mobilização do investimento não público no sistema de saúde, fazendo participar crescentemente os sectores privado e social nos diferentes modelos e formas contratuais, com vista a obter uma progressiva racionalização das funções financiamento e contratação e da função prestação de cuidados de saúde.

Por outro lado, assume particular destaque para a reforma da saúde o estabelecimento, no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, de parcerias público/privado através da concessão da gestão de unidades prestadoras de cuidados a entidades privadas ou de natureza social ou pelo investimento conjunto

18 <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=1185>. Acessado em 14 de abril de 2005.

19 <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=1720>. Acessado em 14 de abril de 2005.

entre estas entidades e o Estado, segundo princípios de eficiência, responsabilização, contratualização e de demonstração de benefícios para o serviço público de saúde.

As parcerias em saúde, em regime de gestão e financiamento privados, visam, fundamentalmente, obter melhores serviços com partilha de riscos e benefícios mútuos entre as entidades públicas que têm a responsabilidade pelos serviços públicos e outras entidades que se lhe associam com carácter duradouro.

Numa área da maior importância para o bem-estar dos cidadãos como é a saúde é necessário que o estabelecimento de parcerias seja feito articuladamente e com uma perspectiva sistemática. Na verdade, não é desejável que a prossecução do serviço público de saúde com recurso a parcerias com outras entidades, em regime de gestão e financiamento privados, seja feita sem que se estabeleçam os princípios gerais a que essas actividades devem estar sujeitas. O sistema de saúde constitui um todo articulado de meios que exige um acompanhamento permanente e uma actividade global de monitorização que permita que a política de parcerias com recurso a gestão e financiamento privados seja correctamente executada.

Justifica-se, assim, genericamente, a publicação de um diploma enquadrador para o estabelecimento das parcerias em saúde, em regime de gestão e financiamento privados, nele sendo estabelecidos os princípios e os instrumentos enformadores. Um instrumento privilegiado de estabelecimento de parcerias em saúde com recurso a gestão e financiamento privados é o contrato de gestão, o qual se encontra previsto na Lei de Bases da

Saúde, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, mas limitadamente configurado no Estatuto do Serviço Nacional de Saúde, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 11/93, de 15 de Janeiro.

Na verdade, o contrato de gestão constitui um instrumento de natureza concessória que tem por referencial um estabelecimento de saúde prestador, podendo através dele o Estado associar privados na prossecução do serviço público de saúde com transferência e partilha de riscos e recurso a financiamento de outras entidades.

O contrato de gestão reveste, assim, a natureza de verdadeiro contrato de concessão de serviço público, embora a sua designação pretenda clarificar que, no âmbito da saúde, o Estado mantém em maior grau a responsabilidade, designadamente porque é necessário que todos os cidadãos, sem excepção, tenham o acesso a cuidados de saúde através de um Serviço Nacional de Saúde que observe as características de generalidade e universalidade, ainda que com o concurso de outras entidades na sua gestão. O contrato de gestão constitui, por isso, a matriz dos instrumentos contratuais para o estabelecimento das parcerias, pelo que os restantes meios de as concretizar o têm por modelo.

Embora o enfoque seja dado pelas parcerias que envolvem a responsabilidade pela realização das prestações de saúde, importa não descurar outras soluções testadas internacionalmente que se limitam ao apoio indirecto do serviço público de saúde. Deste modo, o regime jurídico das parcerias equacionado por este diploma tem uma

amplitude que permite acolher opções que envolvam simples participação de outras entidades no âmbito dos estabelecimentos de saúde com exclusão da responsabilidade pelas prestações de saúde e, portanto, sem transferência de risco quanto a estas. Na verdade, ainda que o estabelecimento destas parcerias já seja hoje possível e já existam na prática experiências limitadas julga-se conveniente submeter estas soluções a uma disciplina e princípios uniformes.

Por outro lado, importa frisar que todos os tipos de prestações de saúde podem ser objecto de parcerias (primários, diferenciados e continuados), cabendo a cada um dos modelos em concreto estabelecer as formas adequadas de contratação para cada situação.

A regulamentação de uma tão ampla plêiade de soluções de parcerias em saúde aconselha a que se prevejam os mecanismos que em cada momento sejam ajustados aos objectivos traçados. Por isso, estabeleceu-se um grau de densidade mínima do acto legislativo, remetendo para regulamentação posterior a definição de alguns aspectos de regime.

Assumindo o contrato de gestão a natureza de uma técnica concessória, torna-se evidente que o seu regime jurídico esteja ajustado aos traços comuns das concessões de serviço público.

O estabelecimento de parcerias com carácter sistemático impõe numa fase futura uma actividade reguladora que se reveste da maior importância numa área de tão grande sensibilidade como é a saúde, onde se pretende que sejam alcançadas melhores prestações de saúde com menores custos. Neste sentido habilita-se uma solução para definir os contornos desta actividade.

A primeira preocupação do legislador português foi a de traçar o tipo de Parceria Público-Privada que seria implementada, optando pela do tipo DBFO: “Design, Build, Finance and Operate”²⁰ por ser o modelo mais utilizado devido à abrangência do sistema, transferindo totalmente à iniciativa privada o ônus a ser suportado, com exceção do risco que deve ser dividido igualmente pelas partes.

Fica nítida a diferença da legislação pátria para com a portuguesa, uma vez que o presente Decreto-Lei não disponibiliza tantas garantias e repartições de riscos da Administração Pública em benefício do parceiro privado, parecendo resultar que o modelo de Parcerias Público-Privadas português apresenta, neste ponto, maior convergência com nossa Lei de Concessões do que com a própria Lei nº 11.079/04.

A assertiva acima demonstra-se verdadeira ao analisarmos o artigo 17 do Decreto-Lei nº 185, de 20 de agosto de 2002, pois atribui como *direitos especiais* da entidade gestora, representada pela iniciativa privada, apenas o seguinte:

- a) Utilização do domínio público a título gratuito;
- b) Constituição de servidões;
- c) Realização de expropriações por utilidade pública, sendo que, a apuração e execução das expropriações caberá ao Estado;
- d) Celebração de contratos jurídico-públicos.

Em contrapartida, as restrições são mais abrangentes que as existentes na Lei nº 11.079/04, pelo fato da legislação portuguesa proibir de imediato, sem a prévia anuência do parceiro público, o seguinte:

- a) Alteração do objeto social;
- b) Redução do capital social;
- c) Transformação, fusão, cisão ou dissolução da sociedade;
- d) Alienação do capital social a terceiros;
- e) Cessão da posição contratual.

Quanto à repartição de riscos, inexistente. O Decreto-Lei nº 185, de 20 de agosto de 2002, deixa claro que a entidade gestora assumirá

20 Projetar, Construir, Financiar e Explorar.

os riscos do financiamento da obra, contraindo empréstimos, prestando as garantias e celebrando com os bancos financiadores o contrato de financiamento²¹, ou seja, uma realidade muito diferente da constante do artigo 5º, §2º, III da Lei nº 11.079/04.

As únicas possibilidades de indenização da entidade gestora, existente no Decreto-Lei português, é a possibilidade de resgate, rescisão por interesse público e reversão dos bens²².

Outro ponto que merece destaque na experiência portuguesa é o limite fixado de participação da iniciativa privada e do ente público no programa de Parceria Público-Privada. Enquanto no Brasil a legislação é omissa sobre tal limite, a legislação portuguesa fixa o limite de 25% (vinte e cinco pontos percentuais) a participação da iniciativa privada na obra, ficando o restante a cargo das instituições financeiras, conforme o caso²³.

Dependendo da obra a ser realizada, a Administração participa com subsídios a fundo perdido na faixa de 12 a 13% como, por exemplo, nas construções rodoviárias, em função de os investimentos serem muito elevados e o tráfego não gerar rentabilidade suficiente para a iniciativa privada²⁴.

2.0.1.4. União Européia.

As Parcerias Público-Privadas não se encontram definidas ao nível comunitário. É uma expressão que se refere, em geral, a formas de cooperação entre as autoridades públicas e empresas, tendo por objetivo assegurar o financiamento, a construção, a renovação, a gestão ou a manutenção de uma infra-estrutura ou a prestação de um serviço.

Tal programa de investimentos representa uma opção válida

21 Artigo 22.

22 Artigos 28, 29 e 32.

23 NETO, Pedro Ferreira. A lição que vem de Portugal. *Revista Rumos*. Belo Horizonte: ABDE Editorial, Setembro-Outubro de 2004, p. 36.

24 NETO, Pedro Ferreira. A lição que vem de Portugal. *Revista Rumos*. Belo Horizonte: ABDE Editorial, Setembro-Outubro de 2004, p. 36.

para o financiamento das infra-estruturas de transportes na Europa, mas tem de enfrentar consideráveis obstáculos de natureza econômica, jurídica e política.

A Comissão Europeia considera que é conveniente divulgar as boas práticas e, a médio prazo, atualizar o quadro regulamentar existente, a fim de tornar as modalidades de Parcerias Público-Privadas mais atraentes aos investidores privados, sendo que a revisão do direito administrativo clássico já foi iniciado, conforme colocamos no item anterior, através de Portugal, Alemanha, França, Espanha e Itália²⁵.

Dentre os projetos que podem ser beneficiados pelo programa de Parcerias Público-Privadas na União Europeia está a construção de um sistema de transporte denominado de projeto Lyon-Turim, orçado em 6,5 mil milhões de euros, e o projeto Brenner está próximo de 5 mil milhões de euros²⁶.

Entretanto, existem limitações, segundo mencionado acima, para a implantação do programa de parceria. Vejamos os problemas encontrados pela *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à generalização e à interoperabilidade dos sistemas de teleportagem rodoviária na Comunidade Europeia*:

- 1) as reticências de alguns Estados-Membros em incentivar as PPP;
- 2) a duração cada vez mais longa das negociações, que constitui um elemento dissuasivo;
- 3) o montante necessário para a participação num concurso, que está relacionado com a dimensão e a complexidade do projeto;
- 4) a procura de rentabilidade a curto prazo, quando esta, na maior parte dos projetos, só pode surgir a longo, ou mesmo muito longo prazo;

25 *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à generalização e à interoperabilidade dos sistemas de teleportagem rodoviária na Comunidade*. Comissão das Comunidades Europeias. 2003/0081 (COD). Acessado em <http://europa.eu.int> em 19 de abril de 2005.

26 *Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à generalização e à interoperabilidade dos sistemas de teleportagem rodoviária na Comunidade*. Comissão das Comunidades Europeias. 2003/0081 (COD). Acessado em <http://europa.eu.int> em 19 de abril de 2005.

5) o contexto político, por vezes hesitante, criando incertezas com efeitos sobre a rentabilidade do projeto e podendo dissuadir os investidores privados.

Desta forma, diante dos mais variados tipos de problemas que devem ser resolvidos pela convergência de interesses da União Européia, foi decidido pela diretiva citada acima, 2003/081, que a Comissão Européia prepararia um Livro Verde sobre a Parceria Público-Privada e o direito europeu dos contratos públicos, com o objetivo de lançar uma vasta consulta pública sobre o rápido desenvolvimento das diferentes formas de Parcerias Público-Privadas e o enquadramento jurídico dos contratos públicos no direito europeu. Lançado o *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o direito comunitário em matéria de contratos públicos e concessões*, foi colocada uma série de questões à população, dentre elas as seguintes:

- 1) Considera que o quadro jurídico comunitário atual é suficiente, preciso para assegurar a participação concreta e efetiva de sociedades ou associações não-nacionais nos processos de adjudicação de concessões? Considera que, neste contexto, verifica-se habitualmente uma verdadeira concorrência?
- 2) Considera desejável uma iniciativa legislativa comunitária, tendo como objetivo enquadrar o processo de adjudicação de concessões?
- 3) De modo mais geral, considera necessário que a Comissão proponha uma nova ação legislativa para abranger todas as PPPs de tipo contratual, quer sejam qualificadas de contratos públicos ou de concessões, de modo a submetê-las a regimes de adjudicação idênticos?
- 4) Qual a sua experiência da fase posterior à seleção do parceiro privado nas operações de PPPs contratuais?
- 5) Tem conhecimento de práticas ou mecanismos de avaliação de propostas com incidências discriminatórias?

Assim, verificamos que a posição da União Européia, quanto à tomada de medidas de grande importância, difere em muito de outros países, uma vez que foi aberta ampla consulta pública, conforme demonstrado acima para que fosse realizada uma melhor ponderação do caminho a ser tomado.

Apesar de ainda não existir um modelo acabado de Parcerias Público Privadas para a União Européia, no próprio *Livro Verde*, a Comissão Européia chega a algumas conclusões.

Propõe a realização de uma distinção entre as várias espécies de Parcerias Público-Privadas existentes nos Estados-Membros e por estarem ligadas a dois grandes modelos, distinguindo-as da seguinte forma:

- a) Parcerias Público-Privadas de tipo puramente contratual; e
- b) Parcerias Público-Privadas de tipo institucionalizado.

O primeiro tipo visa a uma parceria que se baseia unicamente em relações contratuais entre os diferentes agentes, incluindo a concepção, o financiamento, a realização, a renovação, ou a exploração de uma obra ou de um serviço.

Dentro deste primeiro tipo há a divisão em duas espécies.

A primeira espécie do tipo puramente contratual é o *modelo concessivo*, caracterizada pela relação direta entre o parceiro privado e o usuário final, ou seja, o parceiro privado presta um serviço ao público, *em vez do* parceiro público, mas sob o controle deste. É o modelo brasileiro determinado na Lei nº 8987/95.

A remuneração consiste em taxas cobradas aos usuários do serviço, eventualmente, acompanhadas de subvenções por parte dos poderes públicos.

A segunda espécie deste tipo é o denominado de *Private Finance Initiative* - PFI. Neste modelo, o parceiro privado é incumbido da realização e gestão de infra-estruturas para a Administração Pública (escolas, hospitais, centros penitenciários, infra-estrutura de transportes). A remuneração é realizada diretamente pelo parceiro público.

Esta espécie é semelhante à praticada na Inglaterra, no qual recebe as mesma denominação, na França com o nome de *Marché d'entreprise Travaux Publics* e na Alemanha *Betreibermodell*.

Quanto às Parcerias Público-Privadas do tipo institucionalizadas, implica a criação de uma entidade que engloba parceiro público e privado.

Tal disposição jurídica visa garantir a entrega de uma obra ou a prestação de um serviço em benefício do público, sendo aplicadas ao nível local para os serviços de abastecimento de água ou recolhimento de resíduos, por exemplo.

A vantagem deste tipo regional reside no fato do parceiro público manter uma fiscalização mais rigorosa sobre as operações realizadas pela iniciativa privada, uma vez que dispõe de um contato mais direto com o parceiro.

O programa de Parcerias Público-Privadas institucionalizado pode realizar-se pela criação de uma entidade em que participam conjuntamente os parceiros públicos e privados, bem como pelo controle, por parte da iniciativa privada, de uma empresa pública existente.

3.0. CONCLUSÃO

Entendemos que as Parcerias Público-Privadas trazem vantagens às partes, por intermédio de um princípio que passamos a denominar de *princípio da reciprocidade dos benefícios entre as partes*, onde deve ser inerente o objetivo de satisfazer aos anseios do Poder Público que não possui numerário e outros meios suficientes para realizar obras de grande porte, bem como não possui o próprio empreendedorismo. De outra parte, temos a iniciativa privada que possui condições financeiras para alavancar uma obra de infraestrutura e possui o empreendedorismo necessário para dispender os recursos financeiros suficientes e outros meios para que retorne ao seu caixa a maior porcentagem de lucro possível, atendido o *Best Value for Money*.

No entanto, será necessária uma ampla sistematização de meios de fiscalização para que o novo instituto cumpra seu objetivo, uma vez que poderá ofertar brechas para que empresários e agentes políticos e administrativos desonestos possam fazer com que tais

benefícios sejam utilizados a seu favor.

Demonstração clara quanto a uma primeira má impressão quanto a prática das parcerias público-privadas em nosso País decorreu dos acidentes com a linha 04 do metrô do município de São Paulo-SP, onde falhas no projeto e a ausência de fiscalização do Poder Público, determinaram a má sorte de várias pessoas.

Desta forma, a fiscalização do administrador público deve ir a últimas conseqüências, uma vez que o princípio da reciprocidade dos benefícios deve vigorar para que o instituto atinja a maximização de seus objetivos, pois, caso isto não ocorra, será algo que poderia ter vindo para uma revolução nacional, mas que poderemos ficar mais uma vez à espera do despertar do gigante adormecido, que continuará em berço esplêndido.

4.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALSAS, Carlos. *Urbanismo Comercial e Parcerias Público-Privadas*. Lisboa: Observatório do Comércio, 2002, p. 28.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*; por uma teoria geral da política. 9ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001, p. 26.

COSSALTER, Phillipe. A “Private Finance Initiative”. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, n. 06, p. 127.

FERREIRA NETO, Pedro. A lição que vem de Portugal. *Revista Rumos*. Belo Horizonte: ABDE Editorial, Setembro-Outubro de 2004, p. 34.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato*: primeiras anotações. São Paulo: RT, 2004, p. 73.

“*The Government has Now Made Clear that it Wants Deals, not Rules*”. Breeding New Ground. Private Finance Panel. H. M. Treasury, 1993, p. 7.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões* (análise das leis nº 8987/95 e 9074/95 e legislação subsequente). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 126.

OS DIVERSOS TIPOS DE LITISCONSÓRCIO E SUA CLASSIFICAÇÃO

Luciano Lucas Cardoso

Mestre em Direito Privado

Coordenador do Curso de Direito da FACTU

Melissa Alves Paiva Mendonça

Acadêmica do Curso de Direito da FACTU

RESUMO

Não se pode conceber um processo sem existência de partes. A parte não é uma pessoa, mas um papel desempenhado por uma ou mais pessoas. Autor, quem pede e réu contra quem se pede prestação jurisdicional do Estado são papéis que podem ser desempenhados por uma ou mais pessoas. Portanto, a existência das partes é constante em um processo.

Pode acontecer, porém, de existirem várias pessoas atuando como autor e/ou como réu. Tal evento de pluralidade de pessoas, tanto como autor e/ou como réu é o que se define como Litisconsórcio. Então, diz-se que Litisconsórcio é a reunião de várias pessoas nas mesmas condições, mas com interesse individualizado, por economia processual ou por maior facilidade de litigar, por exemplo. Sempre que houver várias pessoas atuando como autor e/ou várias pessoas atuando como réu, simultaneamente em um mesmo processo, haverá Litisconsórcio, que podem ser classificados em ativo ou passivo, facultativo ou necessário. E que seu regime jurisdicional pode ser simples ou unitário.

PALAVRAS CHAVE: Litisconsórcio, litisconsórcio unitário, litisconsórcio passivo, litisconsórcio ativo, litisconsórcio misto, litisconsórcio necessário, litisconsórcio facultativo, litisconsórcio necessário.

ABSTRACT

You can not conceive a procedure without existence of parties. The party is not a person, but a role performed by one or more people. Author, who calls and asks if defendant against whom provision of the state court are roles that may be played by one or more people. Therefore, the existence of parties is in a constant process.

What can happen though, is several people serving as author and / or as defenadant. Such plurality event of people, both as author and / or as a defendant is what is defined as Litiscumsors. It is said that Litiscumsors is a meeting of several people under the same conditions, but with individualized interest for processual economy or for a greater facility to litigate, for example. Whenever there are several people acting as author and / or more people acting as defendant, simultaneously in a same process same process, there will be Litiscumsors, which can be classified as active or passive, optional or required. And its court system can be simple or unitary.

KEY WORDS: Litiscumsors, unitary litiscumsors , passive litiscumsors, active litiscumsors, mixed litiscumsors , necessasry litiscumsors, optional litiscumsors, necessary litiscumsors .

1.0. INTRODUÇÃO

Normalmente, há nos processos um autor litigando contra um réu, disputando sobre uma única lide, ou objeto litigioso único, a respeito da qual existem questões, sejam de fato ou de direito, ou de ambas as espécies. Poderá haver um autor contra um réu e mais de uma lide, para o que há um regime e obediência a requisitos especiais.

Pode haver também mais de um autor (litisconsórcio ativo), ou, então, um autor contra vários réus (litisconsórcio passivo), ou, ainda, haver vários autores contra réus (litisconsórcio misto). Trata-se do instituto do litisconsórcio, cuja característica marcante é a da existência de pluralidade de partes, num mesmo pólo do processo, ou em ambos os pólos do processo.

O significado de pluralidade de partes é representativo de que, em certos processos, vários litigantes encontram-se num dos pólos da relação jurídica processual, existindo entre eles certo grau de afinidade, variável em sua intensidade, sob múltiplos aspectos chegando até à identidade (litisconsórcio unitário).

2.0. CLASSIFICAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO QUANTO AO MOMENTO DE SUA FORMAÇÃO

O litisconsórcio poderá ser inicial ou ulterior, conforme se constitua

ele com a propositura da ação ou posteriormente.

O litisconsórcio será ulterior, comumente, quando necessário (simples ou unitário), e não tiverem sido citados todos os litisconsortes, que já deveriam ter sido citados ou ter comparecido ao processo (art. 47, parágrafo único). Nesta hipótese, o juiz, munido dos poderes que a lei lhe atribui, deverá determinar a citação dos litisconsortes necessários, ausentes até então (art. 47, parágrafo único).

Se for constatado tal vício desde logo e quando da propositura da ação, o juiz deverá marcar prazo para o autor saná-lo, indeferindo a petição inicial diante do descumprimento (art. 47, parágrafo único, c/ c o art. 267, I).

3.0. CLASSIFICAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO QUANTO À OBRIGATORIEDADE OU NÃO DE SUA FORMAÇÃO

Tendo em vista os requisitos ou pressupostos de formação do litisconsórcio, podemos classificá-lo em necessário e facultativo, isto é, tendo em vista a liberdade que a lei defere ao autor em formá-lo ou não. No facultativo pode trazer só um réu a juízo (sem se formar litisconsórcio), ou mais de um, formando-se o litisconsórcio. No necessário (simples ou unitário) é obrigado a demandar contra todos que hajam de ser litisconsortes.

No litisconsórcio necessário, é indispensável a presença conjunta de diversos autores e/ou diversos réus, sob pena de ineficácia da sentença; no litisconsórcio facultativo, pode o litisconsórcio ser formado ou não, nada afetando sua não-formação os efeitos da sentença que, todavia, atingirão somente quem tenha sido parte (art. 472, 1ª frase). No litisconsórcio facultativo, a vontade relevante para sua formação, ou não, é, a princípio, a do autor. Mas a formação do litisconsórcio ativo ou passivo não pode comprometer o andamento do processo, tumultuando-o. Este é o limite legal existente para a vontade do autor. Por isto é que se disse a princípio, dado que, se a junção de diversos autores no pólo ativo da relação processual ou de diversos réus no passivo puder afetar a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa, ele poderá ser limitado pelo juiz, de ofício ou a

requerimento da parte (CPC, art. 46, parágrafo único, acrescentado pela Lei 8.952, de 13.12.1994). De qualquer sorte, desde que ausentes estes requisitos enumerados pelo novo dispositivo, a vontade do réu e mesmo a do juiz são irrelevantes para a formação do litisconsórcio, sendo-lhe imposta pela do autor, presentes os pressupostos legais (art. 46, caput). É irrelevante, igualmente, a mera vontade do juiz, que não pode impor a formação do litisconsórcio facultativo, se o autor não o formou. Da mesma forma, o juiz não pode impor a formação do litisconsórcio passivo (não se tratando de litisconsórcio necessário ou necessário unitário).

Muito se discutia em sede de doutrina e jurisprudência acerca da sobrevivência do litisconsórcio facultativo recusável no sistema do Código de Processo Civil de 1973. Doravante, diante do parágrafo único do art. 46, não podem mais subsistir dúvidas acerca da “recusabilidade” do litisconsórcio quando facultativo e presentes aqueles dois requisitos apontados pela lei. Mas não se trata da mesma recusabilidade que existia no sistema do CPC/39.

Neste sistema era lícito ao réu, pura e simples contrapor a sua vontade à do autor, recusando o litisconsórcio. E em face do parágrafo único, do art. 46, o réu poderá “recusar” o litisconsórcio, mas não como decorrência de sua vontade, pura e simplesmente, mas haverá de invocar fundamento para isso. Não se trata, ainda, de recusa pura, dado que o juiz deverá, também, obstar a formação de um tal litisconsórcio, mas, em o fazendo, deverá entender configurada ao menos uma das hipóteses vedadas pelo parágrafo único do art. 46. No sistema do CPC/39, era uma recusabilidade estribada na vontade, ao passo que, pelo parágrafo único do art. 46, trata-se principalmente de assunto relacionado com legalidade, ainda que esse texto albergue conceitos vagos.

Em decisões antecedentes à regra expressa do parágrafo único do art. 46, o grande número de litisconsortes ativo era — e continua sendo — pressuposto indispensável à possível configuração do litisconsórcio multitudinário. Sempre foi reconhecida utilidade no litisconsórcio, é dizer, possibilidade de em uma só decisão, resolverem-se diversas lides, sem a possibilidade de decisões logicamente contraditórias. Nem pelo fato de existirem muitos

litisconsortes configurar-se - á, só por isso, o litisconsórcio a que se alude no parágrafo único do art. 46, como, já antes desse texto, decidia-se.

4.0. CLASSIFICAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO QUANTO À SORTE NO PLANO DO DIREITO MATERIAL

Tendo em vista a identidade, relativamente à sorte no plano do Direito Material, da decisão em que figurem litisconsortes, podemos classificá-los em simples ou unitário. Será unitário o litisconsórcio quando a demanda deva ser decidida de forma idêntica para todos quantos figurem em um mesmo pólo da relação processual. A normalidade do funcionamento da atividade jurisdicional, no litisconsórcio unitário, é a de que, realmente, todos os litisconsortes unitários, situados em um dos pólos do processo, (onde se formou o litisconsórcio), tenham sorte efetivamente idêntica, no plano do Direito Material. Todavia, a essência da unitariedade significa ou é redutível a que a ação deverá ser contra ou a favor dos litisconsortes unitários. Isto é, essencialmente, há de ser julgada procedente, ou improcedente, podendo, desta forma, a sorte no plano do Direito Material variar, em certa medida. Exemplo disto é o art. 221, parágrafo único, do CC. A identidade total da sorte do litisconsorte, definida pela sentença, no plano do Direito Material é, entretanto, a regra geral.

Será simples o litisconsórcio quando tal identidade não tiver necessariamente de ocorrer, nem no plano processual, nem no material. Cotejando-se as duas classificações, temos que o litisconsórcio poderá ser necessário-simples e necessário-unitário; facultativo-simples e facultativo-unitário (mais raro na prática), conforme veremos mais adiante.

5.0. CLASSIFICAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO QUANTO À POSIÇÃO, SUBJETIVA ATIVA OU PASSIVA, DOS LITISCONSORTES NO PROCESSO

O litisconsórcio será ativo quando houver pluralidade de autores; será passivo quando houver pluralidade de réus; será misto quando houver pluralidade de demandantes e de demandados.

6.0. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO

O chamado litisconsórcio facultativo encontra sua *ratio essendi*, principalmente, na economia processual. Até mesmo o litisconsórcio facultativo haverá de comportar enquadramento no âmbito do art. 46. Isto quer dizer que, para ser formado, haverá de existir a vontade dos autores de formá-lo, enquadrável dentro da previsão legal. Ou seja, não haverá de ser formado fora de previsão legal.

Por isso é que, fora dessas hipóteses (do art. 46), e ainda que se trate de pretensão à formação de litisconsórcio facultativo, é inviável pretender-se instaurá-lo.

Se configurar hipótese em que teria sido possível a formação de litisconsórcio facultativo, não se haverá de determinar a citação de terceiro (em ação de acidentes de veículos descabe citação de terceiro, que teria participado do acidente, porquanto de litisconsórcio facultativo se trata).

O litisconsórcio, disciplinado no art. 46 do CPC, é o facultativo, ou seja, aquele em que o autor, por sua deliberação ajustada à lei (casos do art. 46 e desde que não incorrentes quaisquer das circunstâncias do parágrafo único do art. 46), inclui vários réus num só processo; ou, então, em que vários autores comparecem, por escolha deles mesmos, como litisconsortes ativos, para demandar um só réu; ou, ainda, em que vários autores vêm a juízo para demandar vários réus.

Podemos comparar, aproximadamente, a estrutura deste tipo de litisconsórcio facultativo (simples), à do litisconsórcio facultativo impróprio do sistema anterior, em que, uma vez deliberada a formação do litisconsórcio, não era lícito aos réus oporem-se à mesma .

No sistema atual, deferiu-se, com exclusividade, ao autor, o direito de eleger ou não o litisconsórcio, desde que apoiado na lei, sendo absolutamente irrelevante a vontade positiva ou negativa dos réus, tangente à formação, ou não, do mesmo, o que, atualmente, deve ser compreendido no âmbito da regra do parágrafo único do art. 46.

A circunstância de a lei utilizar-se, no art. 46, da palavra quando significa, fundamentalmente, que existe taxatividade nos casos de litisconsórcio, ainda que meramente facultativo, ou seja, inviável será pretender o autor demandar vários réus, em casos insuscetíveis de ajustamento a uma das hipóteses do art. 46. A liberdade, pois, que existe para o autor encontra limites intransponíveis na lei, tendo-se sempre em mente o disposto no art. 46 e respectivo parágrafo único.

Vejam os em seguida as várias hipóteses de litisconsórcio facultativo. Os litisconsortes deverão, em regra, aplicando-se esta ao litisconsórcio facultativo simples, ser tratados autonomamente em relação à parte adversária comum. Aplicação deste princípio é o tratamento não necessariamente igualitário, tendo em vista a sucumbência em honorários, na medida em que a sorte de tais litisconsortes tenha sido diferente no plano material.

7.0. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO BASEADO NA COMUNHÃO DE DIREITOS OU DE OBRIGAÇÕES, TENDO EM VISTA A LIDE

Haverá comunhão de direitos autorizando o litisconsórcio, quando diversos sejam os titulares do mesmo objeto do direito.

Em casos de legitimação concorrente, como, por exemplo, em ação renovatória, tanto pode o sócio, enquanto titular da locação, quanto a sociedade, enquanto titular do fundo de comércio, propor ação renovatória. Conseqüentemente, aí ter-se-á um litisconsórcio facultativo.

No conceito de comunhão de direitos, compreende-se, também, o caso de haver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente lide, hipótese esta que, autonomamente, justifica também o litisconsórcio facultativo. Haverá comunhão de obrigações toda vez que o objeto da obrigação tiver mais de um titular ativo ou mais de um titular passivo (obrigação ativa solidária ou passiva solidária). Haveria, na solidariedade — cuja opinião a respeito de se constituir comunhão não é pacífica. Autêntica comunhão, lembra Clóvis Bevilacqua, verifica-se na unidade jurídica indecomponível da

obrigação. Entretanto, se esta opinião de Clóvis Bevilacqua é sustentável em face do direito civil, já pela nova sistemática processual esbarra nos arts. 77, inc. III (em especial) e 80.

Examinemos alguns casos de comunhão.

Em princípio, nos casos onde pode haver chamamento ao processo, pelo réu, justamente porque ao autor, embora lhe fosse lícito demandar só um determinado réu (art. 77, incs. I a III), poderia ter sido usado do litisconsórcio passivo. Se ao réu é lícito trazer ao processo a quem chama e se este virá a ser réu do mesmo autor, porque a lei confere ao réu tal direito (art. 77, incs. I a III), é evidente que o autor, desde logo, poderia ter formado o litisconsórcio passivo. Se o réu, todavia, não é obrigado ao chamamento ao processo, e nem o autor teria sido obrigado à formação do litisconsórcio, segue-se que nos defrontamos com uma figura possível de litisconsórcio facultativo passivo, ao que é redutível a estrutura do processo, no pólo passivo, se tiver havido chamamento ao processo.

8.0. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO BASEADO NA IDENTIDADE DE FUNDAMENTOS DE FATO

Os fundamentos de fato constituem-se em parte da *causa petendi* pois esta se define como sendo o conjunto de fatos e de direitos (“fundamentos jurídicos”), que embasam uma pretensão.

Todo direito origina-se de fatos. Na medida em que o mesmo fato afete a vários indivíduos, poderão estes pretender, conjuntamente, as respectivas conseqüências jurídicas. Desta forma, se existirem na *causa petendi* fatos distintos, não se poderá pretender invocar o art. 46, inc.

Tem-se, exemplificativamente, a hipótese de um acidente provocado por mais de um veículo, num mesmo acidente (= mesmo fato) ter danificado quintais e muros de diversas casas.

Os proprietários podem, conjuntamente, mover ação contra os causadores do acidente, pleiteando indenização, lícito a cada um se defender eximindo-se da culpa que julgue não ter.

9.0. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO BASEADO NA IDENTIDADE DE FUNDAMENTOS DE DIREITO

A origem do litisconsórcio facultativo poderá estar na identidade de fundamentos de direito, embora os fatos sejam diversos.

Assim, os que pleitearem conseqüências jurídicas similares, baseados precisamente no mesmo fundamento de direito, mesmo sendo diversos os fatos originadores de suas pretensões, poderão litigar em conjunto, como, exemplificativamente, vários contribuintes, contra o Poder Público, pretendendo urna mesma isenção; ou vários funcionários, contra o Poder Público, baseados na mesma lei, mas cada um à luz de sua situação individual e em função do seu interesse pessoal.

10.0. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO BASEADO NA CONEXÃO DE CAUSAS

O CPC, em seu art. 103, definiu o que é conexão de causas, dispondo: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”; não é assim necessária a identidade de partes para o fim de se terem as causas como conexas.

Se duas ou mais pessoas tiverem ações (= lides) que se liguem pela conexão, poderão valer-se do instituto do litisconsórcio.

O litisconsórcio facultativo pela conexão de causas baseia-se no princípio da economia processual, e no intuito de se evitar haver decisões que, se fossem proferidas separadamente, pudessem ser pelo menos parcial e eventualmente contraditórias.

11.0. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO BASEADO NA AFINIDADE DE QUESTÕES

A afinidade de questões, por um ponto comum de fato ou de direito, enseja, também, o litisconsórcio facultativo, de conformidade com o inc. IV do art. 46. Por isto é que, em demanda numerosa, mas cujas soluções solicitadas eram baseadas na mesma e idêntica legislação, admitiu-se litisconsórcio.

O sentido real do texto da lei é o de que, havendo identidade parcial dos fundamentos da ação (= lide), seja de fato, seja de direito, de um litisconsorte com a do outro, justifica-se o processo com pluralidade de partes, justamente porque haverá comunidade na produção e realização da prova, bem como no próprio exame da causa pelo juiz e, em síntese, estar-se-á atendendo ao princípio da economia processual.

Atualmente, proposta a ação e preenchidos os pressupostos do art. 46, IV (desde que incoerentes os excludentes do parágrafo único deste dispositivo), não os réus de ficar submetidos ao litisconsórcio.

O réu, da mesma forma como não pode recusar o litisconsórcio facultativo legitimamente formado pelo autor - vale dizer, sem que autor incida em uma das causas de desmembramento constantes do parágrafo único do art. 46 —, não pode impor a formação do litisconsórcio facultativo, obrigando o autor a demandar contra quem não pretendia. Ressalva-se, contudo, a hipótese de figura diversa, qual seja a do chamamento ao processo.

Já decidiu o STE que, em ação de acidentes de veículos, descabe citação de terceiro, que teria participado do acidente, porquanto de litisconsórcio facultativo se trata (ad. 46, IV).

Examinemos este tema com mais detença.

Este texto do art. 46, inc. IV, como os demais, inadmitte a recusabilidade, ressalvada, como curial, a incidência da hipótese descrita no parágrafo único deste dispositivo.

O problema dos fundamentos de fato ou de direito localiza-se na *causa petendi*, não tendo nada a ver com o pedido. Isto deve ser havido sempre como dado presente.

A afinidade por um ponto comum de fato, manifestamente, é o fundamento (laço) mais tênue, dos que podem ser escolhidos, para se terem por conectadas causas, para que, em face disso, se forme o litisconsórcio. Sem embargo disto foi erigida, em igualdade de condições, com as demais hipóteses, para justificar o litisconsórcio.

Importa identificar o que seja tecnicamente questão, observando-se, entanto, que a expressão utilizada não é a ideal.

Tanto bastará, pelo texto em análise, que exista afinidade de questões, por “um ponto” comum, de fato “ou” de direito. Desnecessária, portanto, é a identidade da questão de fato, inteira; ou, desnecessária é a identidade da questão de direito, sempre, entre um e outros litisconsortes.

Tanto bastará que, em face da questão de fato ou da questão de direito, haja, apenas, um ponto comum, para se configurar a possibilidade de litisconsórcio.

Para a hipótese do art. 46, inc. IV, constitui-se a questão na dúvida, de fato ou de direito, que tem de ser resolvida em conjunto, na mesma sentença, de molde a que assim o sejam as lides, ou os litigiosos. A sorte, no plano do Direito Material, poderá ser diversa, pois os fundamentos deduzidos por um litisconsorte, embora aos do outro, por afinidade, não precisam ser idênticos.

As questões constituem-se na dúvida a respeito de um fundamento de fato ou de direito. Interessa-nos considerar, neste momento, as chamadas questões de fundo, pois são destas que trata o art. 46, inc. IV. Não se refere este inc. IV, deste art. 46, às chamadas questões processuais, ou de trâmite.

As questões de fato (bem como as de direito) aumentam o objeto do conhecimento do juiz, alterando, todavia, as dimensões do objeto litigioso ou da lide.

Outrossim, há que ter presente que o conceito de lide ou objeto litigioso (ou, segundo alguns, com menos precisão, o de objeto do processo), distingue-se do conceito de questão. Lide é a própria expressão do conflito de interesses, tal como retratada no processo, ao passo que questão é a dúvida, levantada pelas partes, ou, originariamente, até pelo juiz, a ser resolvida, para aplicar-se a lei à lide, ou, segundo a terminologia, de Carnelutti, compor a lide. Ou, ainda, para aplicar a lei a uma questão processual.

É próximo o art. 46, inc. IV, atual, como o era o art. 88, última hipótese do Código de 1939, do CPC italiano.

O significado é, na realidade, o de fundamento, por um ponto comum, de fato ou de direito. E isto porque a questão, propriamente e no sentido ora atribuído ao termo, só surgirá se e quando houver contestação. Se a questão só surge, tecnicamente, com a contestação, o problema deve ser encarado sob o prisma de afinidade dos fundamentos, o que será necessário e suficiente à admissão do litisconsórcio. Não se trata, *in casu*, das questões emergidas da contestação dos litisconsortes passivos, ou do réu contra litisconsortes ativos.

Devemos, na exegese do art. 46, inc. IV, estabelecer o exato significado da palavra questões. A Calmon de Passos pareceu que o sentido de tal expressão (referia-se ele ao Código de 1939, art. 88, 3^a hipótese) era o de causas. Diverso, todavia, era o entendimento de Guilherme Estellita.

Realmente, não é exata a posição de Calmon de Passos. Se as causas tivessem afinidade por um ponto comum de fato e de direito, as causas da mesma natureza seriam sempre suscetíveis de ajuizamento em litisconsórcio. O sentido real da lei é o de que, havendo identidade das questões (*rectius*, fundamento) da ação de um litisconsorte com a do outro, justifica-se haja litisconsórcio, justamente porque haverá comunidade na produção e realização da prova, bem como no exame da causa pelo juiz e, em síntese, estar-se-á atendendo ao princípio da economia processual. Com base nesta interpretação, vale repetir o Direito português (art. 30 do Código de 1967), que fala em litisconsórcio “quando a procedência dos pedidos principais dependa essencialmente da apreciação dos mesmos fatos (questões de fato), ou da interpretação e da aplicação das mesmas regras de direito (questões de fato e de direito)”.

Desta forma, pois, a palavra questões não foi tecnicamente usada.

No Direito anterior os réus não ficavam obrigados a aceitar este tipo de litisconsórcio, como se inferia do art. 88, ao passo que,

atualmente, proposta a ação e preenchidos os pressupostos do art. 46, inc. IV, e não ocorrente nenhuma das hipóteses do novo parágrafo único deste dispositivo, não os réus de ficar submetidos ao litisconsórcio.

Ainda, no regime atual, a distinção que era importante no regime interior, consistente em saber quando havia conexão de causas ou a hipótese de afinidade de questões, por um ponto de fato ou de direito, passou a ser irrelevante, diante da submissão de ambas hipóteses ao mesmo regime jurídico, que é do art. 46.

Era, no regime de 1939, e continua sendo, certamente, vasta a casuística inserível no art. 46, inc. IV. Assim, exemplifiquemos: a) a invasão, por gado pertencente a vários proprietários, de uma fazenda; b) o dono do prédio incendiado reclama, numa só ação, o valor do seguro, de duas companhias que o seguraram, conquanto as apólices sejam diversas e independentes; c) num naufrágio, várias demandas se originam, entre as mesmas pessoas, contra a mesma companhia que deve responder; d) vários inquilinos, de prédios distintos, alugados cada qual mediante contrato autônomo, acionam o locador por faltar a todos fornecimento de água; e) a ação (no caso concreto foi ação cominatória) movida por vários assinantes de jornal, objetivando obrigar a empresa ao fornecimento perpétuo do jornal, aos autores, tendo em vista cumprimento de contrato em tal sentido, (embora aí se tenha falado em conexão de causas); f) retomada de imóvel, locado a várias pessoas, isoladamente, alegando-se necessidade de todos os imóveis, (negou-se, na espécie, houvesse conexão de causas); g) solicitação de pagamento, à Fazenda Pública, por vários suplentes de Delegado de Polícia; h) pretensão idêntica, de todos os litisconsortes, conquanto individualmente distintas, contra o Poder Público, no caso, Município; i) vários credores, de um só réu, podem demandá-lo, com base no art. 46, inc. IV, o que não ocorria no regime anterior, em que o litisconsórcio era facultativo próprio; j) é legítima a retomada, para uso próprio, de dois conjuntos alugados a dois comerciantes distintos, sob causas distintas, o que é viável no regime do art. 46, inc. IV, e inviável no regime do Código de 1939; l) em transporte marítimo, em que houve perda da mercadoria, podem ser, em conjunto, demandadas as diversas seguradoras.

12.0. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Haverá litisconsórcio necessário ou por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica (art. 47), e, diante de tais hipóteses, todos os litisconsortes hão de ser citados, tendo em vista a norma do art. 47, 2ª parte.

Assim, o juiz não poderá dispensar o litisconsórcio quando a lei processual, ainda que encartada no Código Civil, prescrever sua formação necessária, devendo, então, determinar a formação do litisconsórcio *ex officio* (art. 47, parágrafo único), o que, assim, independe sequer de requerimento. Relativamente à hipótese prevista no parágrafo único do art. 47, deve-se observar: 1º para o litisconsórcio necessário passivo, é fora de dúvida, pela própria clareza do texto, que o juiz poderá determinar, sob pena de extinção do processo» que o autor cite os demais litisconsortes; 2.º relativamente ao litisconsórcio unitário, entendemos que é inaplicável, com caráter de inexorabilidade absoluta, como ocorre com o litisconsórcio necessário, a exigência de integração ativa da lide, na forma do parágrafo único do art. 47, mesmo porque, praticamente, em muitos casos, será isto muito difícil, senão impossível. Ainda, acrescenta-se que a sentença poderá perfeitamente produzir efeitos, mesmo que não integrados, no pólo ativo do processo, todos os litisconsortes no litisconsórcio unitário se bem que em hipóteses raríssimas.

Embora não haja previsão legal, quer taxativa, quer exemplificativa, na lei material ou na processual, salvo a do art. 47, toda vez que urna ação, pela natureza jurídico-material da relação jurídica a ela subjacente, tiver de ser proposta contra vários réus, porque a sentença haverá de dar sorte igual no plano do Direito Material aos litisconsortes, como é, exemplificativamente, a hipótese da ação de despejo para demolição de um prédio de apartamentos, haverá litisconsórcio necessário. No litisconsórcio necessário por disposição de lei, deve atentar-se: 1º tanto à lei processual, que dispõe, genericamente, sobre o litisconsórcio (art. 47) e 2.º quanto à lei material ou processual (p. cx., art. 942, do CPC) que, especificamente, preveja a hipótese concreta. Já nesta hipótese, mais amplamente designável como sendo de litisconsórcio necessário simples, conquanto obrigatória seja a citação de todos os

litisconsortes, nem por isto a sentença há de lhes dar sorte igual (= procedente contra todos), no plano do processo e o Direito Material, necessariamente.

No litisconsórcio decorrente da indispensabilidade da propositura da demanda contra todos, porque todos estejam ligados à relação jurídica, a lei processual dispõe que, toda vez que a sentença tenha, à luz dessa hipótese, necessariamente, que produzir efeitos em face de diversas pessoas, todas deverão ser citadas. Neste caso, o que incumbe ao juiz é verificar se todos aqueles que serão afetados pela sentença, de modo uniforme, num ou em ambos os pólos do processo, estão no processo. Não ocorrendo isto, deverá determinar a respectiva integração ao processo, mesmo ativamente; e, passivamente, por certo, sob pena de, não cumprida essa sua determinação *in tempore* (arts. 47, parágrafo único, e 267, XI), vir a dar pela extinção do processo, sem julgamento de mérito.

O Instituto Brasileiro de Resseguros, na conformidade do disposto no art. 68 do Decreto-lei 73, de 21.11.1966, é litisconsorte necessário, nas ações de seguro, “sempre que tiver responsabilidade no pedido”. Tenhamos presente que esta regra não tem aplicação, tratando-se de seguro obrigatório de danos ocasionados por veículos, tendo em vista a disciplina da Lei 6.194, de 19.02.1974. E tal acontece porque o art. 5.º da Lei 6.194, citada, dispõe: “O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro”.

Incorre litisconsórcio necessário (*rectius*, unitário), se aquele que tenha sido citado para a lide não vir a sua esfera jurídica afetada pelo comando diretamente emergente da sentença proferida.

A exigência de a União ser citada, na qualidade de assistente, nas ações em que sejam autoras, rés, assistentes ou oponentes as sociedades de seguros ou de capitalização, em regime de liquidação extrajudicial (artigo 4º da Lei 5.627, de 01.12.1970), foi declarada inconstitucional pelo STF, através do seu plenário.

Mais do que em razão de mera oportunidade ou conveniência,

repousa a instituição do litisconsórcio necessário em motivos de segurança e prestígio da própria atividade jurisdicional.

Sendo caso de litisconsórcio necessário (simples ou unitário), a participação de todos os litisconsortes no processo é indispensável, sendo ineficaz sentença proferida sem a presença de todos, referindo-se a lei à própria providência de extinção do processo (art. 47, parágrafo único), se tiver sido descumprida a ordem judicial de citação dos litisconsortes ainda não presentes, como se disse. Fique frisado: o que a lei processual exige é que o autor forneça os meios necessários para citação do litisconsórcio necessário seja efetuada. Somente sua inércia é que poderá levar à extinção do processo.

Outrossim, o comparecimento do litisconsorte necessário, na fase recursal, 'suprindo' a falta de citação, não convalida o processo ou a sentença, pois que ao litisconsorte caberia o direito de apresentar suas alegações de mérito, ou deduzir suas alegações preliminares no próprio juízo originário, a fim de que fossem devidamente submetidas ao duplo grau de jurisdição. A não ser que haja manifestação expressa de aceitação do processo, se o bem for disponível e a capacidade processual admitir tal disposição.

A jurisprudência tem estabelecido haver litisconsórcio necessário nos seguintes casos: na ação ordinária de extinção de condomínio; execução de dívida hipotecária contra mais de um devedor; na ação revocatória, contra marido e mulher que alienaram fraudulentamente todos os seus bens, e contra todos aqueles que participaram de um determinado ato ou atos, referentes às disposições de um determinado bem; na ação em que se p nulidade de escritura pública de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel com pacto de retrovenda e de outras avenças subseqüentes, relativas ao mesmo bem, entre todos os partícipes daqueles negócios jurídicos; na ação de despejo movida por arrendador contra arrendatário, entre este último e seu subarrendatário; na ação investigatória de paternidade, sendo já falecido o indigitado pai, entre os herdeiros necessários; na ação anulatória de compra e venda de imóvel, entre todos aqueles que nela intervieram; na ação direta do credor retardatário, em processo de insolvência civil, contra o devedor e os credores concorrentes, entre estes últimos; na ação anulatória de

testamento, entre os herdeiros testamentários, legatários, testamentários e outros beneficiados; na ação voltada à postulação de honorários advocatícios, entre o advogado substabelecido e o substabelecete; na ação de apuração de haveres posta por espólio de sócio falecido, entre sócio sobrevivente e a sociedade; da mesma forma, na ação de nulidade de título de crédito nados sem causa, entre o autor e os endossatários, mormente se se pretende desconstituir os endossos afirmando-se conluio.

É, igualmente caso de litisconsórcio necessário para o que participou de processo precedente se se pretender alterar o resultado nascido daquele processo.

Já, diferentemente, no processo de execução inexistente a figura do litisconsórcio necessário, tanto na execução judicial, quanto na extrajudicial.

13.0. LITISCONSÓRCIO UNITÁRIO

No litisconsórcio unitário existe, por definição, a imprescindibilidade de decisão uniforme, no plano do Direito Material, para todos os que no pólo do processo figurem como litisconsortes, no sentido de a ação ter de ser julgada procedente para todos, ou, então e sempre, haver de ser julgada improcedente para todos os litisconsortes. Quando se alude a decisão uniforme “para todas as partes” (art. 47), o que se quer dizer é decisão uniforme para todos aqueles que, de um lado do processo, se encontram litisconsorciados.

O que parece, pois, essencialmente definidor do litisconsórcio unitário é que, em hipótese alguma, ter-se-á tal figura, quando a sentença deixe de ser procedente para alguns dos litisconsortes e o seja para outros.

De um modo geral, a doutrina tem considerado o litisconsórcio unitário como uma espécie de litisconsórcio necessário, ao qual este último colocar-se-ia como gênero. As suas espécies seriam o litisconsórcio necessário simples e unitário. Hipótese em que, por exceção legal, deixa-se de reconhecer a configuração dos pressupostos do litisconsórcio unitário é a dos arts. 623, inc. II, 634, e

1.580, parágrafo único, do CC.

Afigura-se-nos, no entanto, que a posição correta é a de se considerar o litisconsórcio unitário como figura autônoma (embora muito rara na ordem prática) e não embutida e necessariamente dependente do litisconsórcio necessário, embora isto usualmente ocorra, é certo.

Assim, poderemos ter um litisconsórcio facultativo unitário, por exemplo quando um herdeiro reivindica a herança (art. 1580, parágrafo único, CC). Não é necessário o litisconsórcio de todos os herdeiros, porque pode a demanda ser movida por um ou por alguns dos herdeiros e não obrigatoriamente por todos, mas a decisão há de ser uniforme para todos, pois a propriedade sobrevive para todos, ou não.

Poderemos, e bem mais comumente, ter um litisconsórcio necessário e unitário, por exemplo, na ação movida pelo Ministério Público visando à anulação de casamento com base no art. 208, parágrafo único, II, do CC, é imprescindível que a demanda seja movida contra o marido e contra a mulher; da mesma forma, a decisão inexoravelmente deve ser processualmente uniforme, pois o casamento ou vale para marido e mulher, ou não vale para marido e mulher.

Sem embargo da necessidade de a sentença ser pela procedência ou pela improcedência da ação contra ambos, é possível que, no plano do Direito Material, haja certa variação dos efeitos outros, que não digam com a anulação, em relação aos ex-cônjuges, expressamente admitida pelo art. 221, parágrafo único, do CC, como já se acentuou.

14.0. REGIME JURÍDICO FUNDAMENTAL E ESPECIAL DO LITISCONSÓRCIO

O art. 48 estabelece a regra fundamental que rege a independência dos litisconsortes, uns em relação aos outros, pois que serão eles considerados, “em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos”. Isto significa que, regra geral, cada litisconsorte

defronta-se com o adversário comum a todos, autonomamente, o que, por sua vez, implica que os atos de um litisconsorte não influem na esfera do outro ou outros.

O regime jurídico do litisconsórcio unitário é especial. O significado do prático da diminuição da independência entre os litisconsortes é o de que os atos dos que são diligentes acabem aproveitando aos inertes (art. 509, parágrafo único). E isto decorre da própria circunstância de a sentença ter de ser igual para todos os que estão litisconsorciados. Assim, se não houvesse aproveitamento, tal fato levaria o juiz a ter que decidir diversamente, o que é juridicamente impossível. Entretanto, os atos que envolvam eventual disposição de direito, como o da confissão, ou efetiva disposição de direito, como o reconhecimento jurídico do pedido, conquanto sejam atos válidos em si mesmos, tendo em vista o litisconsorte que os tenha praticado, serão ineficazes quer para quem praticou o ato, quer em relação aos demais, e, também, tendo em vista o adversário comum. A eficácia só pode decorrer do fato de todos os litisconsortes unitários praticarem o ato, e no mesmo sentido.

O âmbito de aplicação do art. 48 é, pois, por excelência, o do litisconsórcio simples, seja facultativo ou necessário. Refoge do seu espectro, portanto, o litisconsórcio unitário.

A circunstância de serem autônomos os litisconsortes no litisconsórcio facultativo e no litisconsórcio necessário simples implica, ademais, o seguinte: a) cada litisconsorte poderá escolher seu advogado, embora isto possa ocorrer no litisconsórcio unitário, mas as postulações ficam circunscritas à razão mesma de ser deste tipo de litisconsórcio; b) igualmente, há autonomia no que diz respeito ao mérito, pois há mais de uma lide e pode haver diversidade no que diz com o teor da sentença de mérito (em rigor, existencialmente mais de uma).

Por outro lado, cada um terá um exame específico tangentemente aos pressupostos processuais, que individualmente respeitem a cada e este aspecto vale para todos os tipos de litisconsórcio. Mas, mesmo no litisconsórcio unitário, faltando um pressuposto processual, ainda que apenas para um dos litisconsortes,

isto deverá ser individualmente corrigido, como na hipótese de um menor — desacompanhado de seu pai — comparecer a juízo. Se não o for, todavia, contamina todo o processo.

A regra fundamental — embora não absoluta, no evolver do processo — a informar estruturalmente o litisconsórcio, de todas as espécies, é a da unidade procedimental.

Conquanto existam várias relações jurídicas processuais, são todas enlaçadas pelo mesmo procedimento — manifestação exterior das relações processuais — que é uma só. Por esta razão é que, se um litisconsorte contestar a ação, tal fato, do ponto procedimental aproveita a todos (art. 320, I), pois o juiz não poderá prolatar sentença, em julgamento antecipado, tendo em vista que um litisconsorte tenha contestado a ação, embora outro não o tenha.

Quando da oportunidade procedimental única vier a proferir a sentença, tratando-se de litisconsórcio facultativo, como também no litisconsórcio necessário simples, e tendo em vista os fatos comuns, haverá de atender à prova feita pelo contestante, que, precisamente por serem comuns os fatos, beneficiará os demais, se for o caso. De outra parte, todavia, tendo em vista os fatos não deverá aplicar-se o art. 319, àquele(s) litisconsorte(s) que não contestou(taram) o pedido. Isto, porém deverá ser feito sempre numa mesma sentença. Poderá, ou melhor, deverá haver discriminação no juízo de mérito, em função da atividade de cada um, embora deva esse ser pronunciado no mesmo instante cronológico, para todos os litisconsortes. Se for possível, no entanto, julgamento antecipado para todos, deverá o juiz, então, proferi-lo.

A peculiaridade do regime do litisconsórcio unitário consiste em que os atos de ataque ou defesa dos litisconsortes atuantes sempre beneficiam os inativos, sendo irrelevante uma deficiente atuação individual.

No litisconsórcio unitário, o que existe é um só objeto litigioso, ou lide, a que estão agregadas várias partes litisconsorciadas. Assim, os atos isolados, desde que preenchidos os seus respectivos pressupostos de validade, serão reputados válidos, como se dá com a

confissão do litisconsorte, por exemplo, um litisconsórcio unitário, que, sendo válida, não poderá ser retratada, porque o confitente tenha meramente mudado de opinião. Poderá o confitente revogá-la (*rectius*, anulá-la), o que é coisa diferente.

No entanto, os conceitos de validade e eficácia hão de ser distinguidos. Se é válida, por isso mesmo, não pode ser retratada. Todavia, a validade não leva, neste caso, à sua eficácia, e isto porque a eficácia da mesma é condicionada, pelo sistema, a que todos confessem ou venham a confessar, ao lado daquele que já o fez.

A regra geral é a de que os litisconsortes, que são havidos como litigantes distintos, não podem ter a validade e a eficácia de seus atos condicionadas pelo agir ou pelo não-agir dos demais (art. 48). Quanto à confissão, a regra geral é a da independência, salvo no caso acima (art. 350, que é especificação do art. 48 — para regra especial, art. 75, III onde vemos ino correr independência, no que diz com a ação principal, o que evidencia regime unitário; art. 509, parágrafo único).

Todavia, como se disse da indivisibilidade da lide, no litisconsórcio unitário, emerge a desconsideração da atividade ou inatividade dos litisconsortes, como litigantes distintos, fazendo o sistema com que os atos benéficos de um deles, ou de mais de um, sejam aproveitáveis a todos, se necessário, em nome e teleologicamente tendo em vista a decisão possível futura uniforme.

A atividade de um litisconsorte, todavia, seja qual for sua categoria, não pode prejudicar a situação de outro.

Tendo em vista a imprescindibilidade da mesma sorte, no plano do Direito Material, a ser dada a todos os litisconsortes unitários, é irrelevante que algum deles tenha perdido algum prazo para recorrer para o fim de se pretender que isto o prejudique. Isto em nada poderá prejudicá-lo, pois como a sua sorte não poderá ser diversa da dos outros, o recurso interposto pelos demais a ele aproveitará (art. 509, parágrafo único). Assim, e só por esse motivo, deverá ser representado pelos demais.

Já no litisconsórcio simples, seja ele necessário ou não, o

recurso de um litisconsorte não aproveita ao outro (salvo em hipótese circunstancialmente encartável no art. 509, parágrafo único), vigorando aí a regra geral, segundo a qual os litisconsortes são considerados como partes distintas em relação aos demais litigantes. Assim é que, numa ação de usucapião movida contra diversos proprietários, a hipótese é de litisconsórcio necessário simples (arts. 47 e 942), sendo julgada procedente contra todos, só poderão, eventualmente, obter reforma, os que tenham recorrido. Os recursos de alguns, não aproveitarão aos demais, pois os objetos serão diversos.

Será correta, por outro lado, a sentença que tiver dado pela procedência contra uns, e não contra outros, desde que ocorrentes os pressupostos de procedência contra uns, e inócidentes para os demais, pois que inexistente, na espécie, unitariedade.

A confissão, como regra geral existente no tema do litisconsórcio, dessorciável do art. 48, faz prova tão somente contra o confitente, não prejudicando nem beneficiando os demais litisconsortes (art. 350 — norma específica).

A confissão, havendo unitariedade, será válida se em si mesma considerada; entretanto, sua eficácia estará a depender de confissão igual dos demais litisconsortes.

A confissão em litisconsórcio unitário, pois, tem valor de mera declaração, se feita por só um litisconsorte, não sendo prova apta a embasar, por si só, a decisão da causa, pois não pode prejudicar os demais litigantes litisconsorciados e, por outro lado, tem a demanda de ser decidida de modo uniforme para todos os litisconsortes, o que a torna mesmo inaproveitável com relação ao próprio confitente.

Com relação ao litisconsórcio simples, seja necessário, seja facultativo, não há necessariamente a decisão de ser no mesmo sentido, embora deva ela ser prolatada na mesma oportunidade, salvo hipótese rara de reconhecimento jurídico do pedido, por exemplo, em que um litisconsorte passivo aceita a pretensão do autor.

Finalmente, já foi decidido corretamente que, tratando-se de

litisconsórcio passivo facultativo, o autor pode desistir da ação com relação a um dos litisconsortes, sem que os demais a tanto se possam opor.

Por outro lado, o litisconsorte que confessar, desde que os fatos não sejam comuns ao demais, terá quase sempre — ainda que não necessariamente — a demanda julgada contra si, prejudicando sua ação ou a sua defesa; já os demais litigantes em nada serão afetados, pois o juiz deverá decidir a lide com base nas provas pelos mesmos produzidas. O 'prejuízo' advindo da confissão ficará circunscrito tão somente ao confitente, não prejudicando nem beneficiando os demais.

Havendo litisconsórcio, seja unitário ou simples, e tendo algum dos litisconsortes permanecido revel, a contestação dos demais faz com que não se operem, pelo menos, os efeitos procedimentais da revelia, afastando assim a incidência do art. 330, II, do CPC. O mesmo se diga tangentemente ao art. 302 do CPC.

Do ponto-de-vista procedimental, ou mais especificamente, do ponto-de-vista de dar andamento ao processo, em função da maior ou menor atividade, inexistente qualquer vinculação entre os litisconsortes, valendo a regra para todas as espécies de litisconsórcio (art. 49).

De outra parte, se existe desvinculação total, devemos considerar que a eventual responsabilidade de determinado tipo de ato praticado, mesmo no litisconsórcio necessário unitário, há de ser individuada. Assim, se um litisconsorte, impulsionando o processo pratica ato que o caracterize como litigante de má-fé (por exemplo, hipótese do art. 17, V ou VI), as conseqüências jurídicas emergentes de tal fato serão estritamente subjetivas.

O fundamento inspirador da regra geral, ou seja, da independência dos litisconsortes, é o princípio da liberdade (art. 49, 1ª frase), desde que respeitada a comunicação dos atos processuais devendo-se, pois, dar ciência dos atos praticados aos demais co-litigantes (art.49, 2ª frase).

A comunicação dos atos processuais praticados por um litisconsorte, deverá ser feita ao procurador do outro, ou aos procuradores dos outros litisconsortes, e não às próprias partes.

Deve-se, ainda, ter presente que, havendo vários litisconsortes, com diversos procurado os prazos de contestar, recorrer e, “de modo geral, para falar nos autos” (art. 191) serão contados em dobro. Mesmo que os procuradores dos litisconsortes subscrevam a mesma petição de recurso, ainda assim o prazo é dobrado, e mesmo que somente um dos litisconsortes venha a recorrer, ainda assim o prazo para esse terá sido em dobro. Computar-se o prazo em dobro vale, também, para a hipótese em que o litisconsórcio haja sido formado mercê de denúncia da lide. Se o litisconsórcio somente resta desfeito ao depois do trânsito em julgado da sentença, pois, até então, subsistente a presença de mais de uma parte, com procuradores diferentes, o prazo conta-se em dobro. Esta posição nos parece discutível, dado que, desligada do processo a parte, não tendo sucumbido, e, por isso mesmo, não tendo razão para recorrer, parece que o prazo não deve ser em dobro. Correto é o entendimento contrário.

Devemos observar, ademais, que o problema surgirá, justamente no caso de haver litisconsórcio, com procuradores diferentes, dado que, se tiverem o mesmo procurador, o ato praticado tê-lo-á sido em nome de todos. No entanto, se apenas o litisconsorte que interpôs o recurso especial poderia recorrer do despacho de inadmissão, não há cogitar de dobra de prazo para o agravo de instrumento, como já decidiu, corretamente, a Terceira Turma do STJ.

15.0. A FIGURA DO LITISCONSÓRCIO NO PROCEDIMENTO SUMÁRIO E FORA DO SISTEMA DO CPC

Consideremos, desde logo, o procedimento sumário decorrente da Lei 9.245/95, que integra o sistema do CPC. O sistema admite o litisconsórcio — tal como na Lei 9.099/95 — mas não admite a “ação declaratória incidental, nem a intervenção de terceiro”, admitindo, todavia, a assistência e o recurso de terceiro prejudicado. A assistência pode ser a simples ou a litisconsorcial, vedada a

denúnciação da lide, o chamamento ao processo, a oposição e a nomeação à autoria.

Abordemos, em seqüência, o sistema do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

A expressão litisconsorte utilizada no art. 94 não equivale, rigorosamente, ao litisconsorte do Código de Processo Civil. Na realidade, esse litisconsorte do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é alguém que ingressa, individualmente no âmbito de uma ação coletiva. A figura de litisconsorte exige, pelo menos, similitude de situações jurídicas e a atuação de um litisconsorte é igual à do outro, inclusive no plano da legitimidade. Sabe-se, nessa linha, que este litisconsorte do Código de Proteção e Defesa do Consumidor não pode ter a iniciativa desta ação coletiva. Parece, portanto que essa figura, nominada como sendo a de um litisconsorte, mais se aproxima da do assistente litisconsorcial. Outro argumento em favor do entendimento de que não se trata de litisconsorte, senão que, aproximadamente, da figura de assistente litisconsorcial, é o de que a lei não estabelece qualquer prazo para o ingressos o que conduz à conclusão e que o ingresso poderá ser a qualquer tempo. Esta solução da ausência de termo '*ad quem*' para o ingresso é a correta, mas o é em face de se reputar que o art. 94 trata da figura de assistente litisconsorcial. Se se tratasse de litisconsorte, propriamente dito, não seria plausível que pudesse ingressar a qualquer momento. Acentue-se, por fim, inexistir, sequer em relação ao assistente litisconsorcial, urna identidade plena. Isto porque, no plano do processo comum, quem pode ser assistente litisconsorcial poderia ter tido a iniciativa para o processo em que, porque não a teve, vai ingressar como assistente litisconsorcial. E, como se percebe, esta iniciativa incorre no caso de ação coletiva.

Por outro lado, deve-se acentuar o seguinte: a) esse "litisconsorte" tem que, liminarmente, comprovar a sua qualidades ou seja, que está abrangido pela situação retratada na ação coletiva, com fundamento legal no art. 81, parágrafo único, inc. III; b) essa admissão pode ser questionada, pela parte contrária, como também pelo próprio autor da ação coletiva (pois se trata de tema inserido na oficiosidade dos poderes do juiz), como ainda, pelo Ministério Público, se não for o

autor da ação coletiva e, isto ocorrendo, deverá haver uma decisão que resolva essa questão da admissibilidade; ainda que não haja questionamento deverá haver decisão sobre essa admissibilidade; c) admitido que seja o seu ingresso, a sua situação, em relação à da ação coletiva, será a da unitariedade, porquanto, ou a demanda será julgada procedente, aproveitando-se-lhe os efeitos, na forma do Código de Proteção e Defesa do Consumidor; ou, d) ao reverso, se improcedente, não lhe aproveitarão os efeitos, ocorrendo, inclusive, para este a autoridade de coisa julgada (art. 102, § 2.º c/c art. 472, 1ª frase, do CPC).

Na Lei 9.099, de 26.09.1995, em que se disciplinam os “Juizados Especiais”, pelo seu art. 10, admite-se, apenas, o litisconsórcio, e, como a lei não distingue, é este admitido em qualquer de suas modalidades. Veda-se, todavia, pelo mesmo art. 10, “qualquer forma de intervenção de terceiro” e, bem assim, a assistência. Pela vedação de ‘qualquer forma de intervenção de terceiro’ incluem-se a oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide e chamamento ao processo. Quando este texto estabelece que não se admitirá, — qualquer forma de intervenção de terceiro, — há de ser entendido como inadmitindo, também, que terceiro seja colocado no processo, como nos casos de denúncia ou chamamento.

Na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7,347, de 24.07.1985), dispõe-se, por texto nela introduzido pelo art. 113, da Lei 8.078/90 (Código de Proteção e de Defesa do Consumidor), no seu art. 4.º, § 5.º, que: “Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei”. A facultatividade decorre da circunstância de que cada Ministério Público pode agir per se, e, pois, se se litisconsorciarem, isto quer dizer que o fazem voluntariamente, ou seja, porque a lei isso lhes faculta. Parece que o disposto no art. 113, do Código de Proteção e de Defesa do Consumidor, é a este mesmo aplicável, em face do disposto no art. 90, deste mesmo último diploma. Alguns autores entendem que não se trataria, propriamente, de litisconsórcio, senão que de representação do Ministério Público, que é uno e indivisível.

16.0. CONCLUSÃO

Litisconsórcio é a multiplicidade de pessoas atuando como autor e / ou como réu, quando há comunhão de interesses, conexão de causas ou afinidade de questões. Às pessoas, que num mesmo processo se ligam entre si, dá-se o nome de litisconsortes, que têm cada qual sua individualidade, ou seja, que são considerados em suas relações e com a parte adversa, como litigantes distintos.

Pode-se classificar o litisconsórcio segundo diferentes critérios. Quanto ao critério da posição processual, o litisconsórcio pode ser ativo ou passivo, conforme se estabeleça, na primeira hipótese, entre vários autores ou, na segunda hipótese, entre vários réus. Denomina-se litisconsórcio misto quando litigarem, conjuntamente, mais de um autor e mais de um réu.

Quanto ao critério cronológico, ou seja, quanto ao momento em que se estabelece o litisconsórcio, ele pode ser classificado em inicial (originário) ou incidental (ulterior). O litisconsórcio inicial ou originário é aquele que já nasce com a propositura da ação, ou seja, quando vários são os autores que a intentam ou quando vários são os réus convocados pela citação inicial. Por outro lado, denomina-se incidental ou ulterior o litisconsórcio que surge no curso do processo em razão de um fato posterior à propositura da ação, como, por exemplo, no caso em que a coisa litigiosa é transferida a várias pessoas que vêm a assumir a posição da parte primitiva. É também incidental ou ulterior o litisconsórcio que decorre de ordem de juiz, na fase de saneamento, para que sejam citados os litisconsortes necessários não arrolados pelo autor na inicial e, ainda, o que surge quando, na denúncia da lide, o terceiro denunciado comparece em juízo e se integra na relação processual ao lado do denunciante.

Em sua obra “Curso de Direito Processual Civil”, Humberto Theodoro Júnior explica que quanto às conseqüências do litisconsórcio sobre o processo, este fenômeno pode ser classificado sob outros dois ângulos diferentes: conforme a obrigatoriedade da formação do litisconsórcio e conforme a uniformidade da decisão perante os litisconsortes.

Denomina-se litisconsórcio necessário aquele que não pode ser dispensado, mesmo com o acordo geral dos litigantes. Por outro lado, denomina-se facultativo o litisconsórcio que se estabelece por vontade das partes. Este se subdivide em irrecusável e recusável. O primeiro, quando requerido pelos autores, não pode ser recusado pelos réus. Já o segundo, admite rejeição pelos demandados.

Do ponto de vista da uniformidade da decisão perante os litisconsortes, o litisconsórcio pode ser unitário (ou especial), quando a decisão da causa deve ser uniforme em relação a todos os litisconsortes, e não unitário (ou comum), que ocorre quando a decisão, embora proferida no mesmo processo, pode ser diferente para cada um dos litisconsortes.

O art. 46 do Código de Processo Civil define as hipóteses em que pode ocorrer a formação de litisconsórcio pela vontade do autor. São hipóteses em que se poderia propor ações isoladamente. Se se tratar de litisconsórcio passivo, está-se diante de hipótese em que o autor poderia propor várias ações, cada uma contra um dos litisconsortes passivos, que seriam, então, isoladamente, réus em cada uma dessas ações. Se se tratar de litisconsórcio ativo, os diversos autores poderiam ter proposto cada um a sua ação, isoladamente, contra o mesmo réu.

Duas ou mais pessoas podem litigar no mesmo processo, em conjunto, no pólo ativo ou no pólo passivo, se houver comunhão de direitos ou de obrigações em relação à lide. É o caso da solidariedade entre credores e devedores. Podem também litigar em conjunto, como litisconsortes ativos ou passivos, aqueles cujos direitos ou obrigações decorrerem de idêntico fundamento de fato ou de direito, assim como podem atuar no mesmo processo, como litisconsortes, os titulares de ações conexas, em razão do objeto ou da causa de pedir. Finalmente, podem também formar litisconsórcio aqueles cujas ações tenha fundamento comum (ainda que apenas parcialmente), seja de fato ou de direito.

17.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. *Resumo de Processo*

Civil. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. I. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Ernani Fidellis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento*. v. I. 27 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Processo Cautelar*. v. II. 23 ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

1.0. GERAIS

O principal objetivo das Revistas **FACTU CIÊNCIA** e **FACTU JURÍDICA** são promover a divulgação da produção intelectual do corpo docente e discente da Faculdade e também de profissionais externos à instituição. As revistas farão as publicações de artigos originais, revisões literárias, resenhas de assuntos correlatos à diversas áreas.

2.0. CONDIÇÕES PARA A PUBLICAÇÃO

Todos os textos serão submetidos à Comissão Editorial das Revistas, o material enviado deverá ser inédito e não poderá ser enviado a outras publicações. Os originais, o disquete ou CD não será devolvido.

A extensão de cada trabalho deverá seguir os seguintes critérios:

- Artigos: máximo de 25 laudas;
- Revisões literárias: máximo de 30 laudas;
- Resenhas: de 3 a 5 laudas;

O trabalho deverá ser formatado em MSWord 98/2000, obedecendo às seguintes recomendações: letra Times New Roman, tamanho 12, espaço 1,5, justificado, papel A4, margem esquerda e superior 2,5 cm e direita e inferior 2,0 cm, numeração no canto superior direito. Títulos, subtítulos e palavras podem ser destacadas utilizando o atributo itálico nas letras, evitando o uso de negritos.

Todos os trabalhos devem ser apresentados em disquete 3 ½ ou CD em que conste apenas o trabalho a ser examinado, acompanhado de 02 (duas) vias impressas, juntamente de uma carta encaminhada ao Diretor da Revista autorizando sua publicação. O nome do arquivo deve ser o nome do autor, ex: Jussara.doc.

As traduções deverão vir acompanhadas de autorização do autor e do original do texto. Quadros, tabelas, gráficos, ilustrações e fotos devem ser apresentados em folhas separadas com os respectivos títulos, comunicação da fonte e em condições ótimas para reprodução.

3.0. APRESENTAÇÃO DO TRABALHO

Página de rosto: a primeira página de cada artigo deverá indicar o título, o nome completo dos autores, titulação e local(s) de trabalho.

RESUMO: na segunda folha deverá constar um resumo em português

de, no máximo, 300 palavras. O resumo deverá especificar o objetivo, uma breve descrição da metodologia, os apontamentos principais e as conclusões.

PALAVRAS CHAVES: após o resumo em português, na mesma folha, é essencial uma lista de 3 a 5 palavras em português que descreva o conteúdo do trabalho.

ABSTRACT: na terceira folha deverá constar o resumo em inglês, com no máximo 300 palavras, seguindo as mesmas especificações do resumo em português.

KEY WORDS: abaixo do abstract deverá constar a lista das palavras-chaves em inglês

Texto: os artigos originais deverão obedecer, em linhas gerais, à seguinte seqüência: introdução; objetivos; material e métodos; resultado; discussão; conclusões; referências bibliográficas.

Para resenhas é dispensado o resumo, palavras-chaves, abstract e key words.

4.0. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Referência bibliográfica é a relação das fontes utilizadas pelo autor.

Não se deve confundir com bibliografia, que é a relação alfabética, cronológica ou sistemática de documentos sobre determinado assunto ou de determinado autor.

As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT 6023 - Ago 2000. Uma referência bibliográfica básica deve conter: último sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*. Exemplos:

Livro:

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 3 ed. São Paulo: RT, 1999.

Artigo de Revista:

LOZETTI, A. H. A compreensão formal e material no direito. *FactuCiência*, Unaf: FACTU, ano I, nº 01, p. 123-126, 2001.

5.0. CITAÇÕES

Identificar as referências (em parênteses) no texto, colocando o sobrenome do autor em letras minúsculas (somente a primeira letra em maiúscula) e o ano. Um (1) autor: (Wenth, 1998); dois (2) autores: (Lamare & Soares, 1990); três ou mais autores: (Harris et al., 1998). O material que já tiver sido submetido para publicação mas ainda não tiver sido aceito, deve ser referido como “dados não publicados” e não deve ser incluído na lista de referências bibliográficas. As citações referenciais não vão em nota de rodapé, mas sim, no corpo do texto, logo após o trecho citado. A citação deverá vir em itálico e parágrafo específico quando ultrapassar cinco linhas.

6.0. ENVIO

Os interessados em apresentar qualquer publicação para avaliação, que sejam diretamente ligados a Faculdade, como docentes e discentes, deverão entregar diretamente a Comissão Editorial na própria sede da Faculdade. Já os profissionais externos deverão enviar para o seguinte endereço:

Faculdade de Ciências e Tecnologia de Unai – FACTU
Comissão Editorial da Revista
Rua Rio Preto, 422 - Centro.
CEP: 38610-000 - Unai - MG

