



Amazon's Research and Environmental Law

Vol. 1, n. 3, Direito Público Contemporâneo

Nov. 2013

ISSN 2317-8442

Arel Faar, Rondônia, v. 1, n.3, p. 1-134, nov. 2013.

Instituto de Ensino Superior de Rondônia - IESUR

Faculdades Associadas de Ariquemes

DIRETORIA

Diretor Presidente:

Ivanilde José Rosique

Coordenadora Pedagógica:

Marli Oliveira Silvestre

Coordenadora Acadêmica:

Elenice Cristina da Rocha Feza

Coordenador do Curso de Direito:

David Alves Moreira

Coordenadora de Pesquisa e Extensão:

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

EQUIPE EDITORIAL

Editora Chefe:

Prof.^a Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Editora Adjunta:

Prof.^a Ms. Rossana Marina De Seta Fisciletti

Conselho Nacional:

Prof. Dr. Cassio Cavalli - FGV Direito Rio

Prof.^a Dra. Célia Barbosa Abreu - UFF

Prof. Dr. David Alves Moreira - IESUR/FAAr

Prof. Dr. David Augusto Fernandes - UNIMSB/RJ

Prof. Dr. Demócrito Ramos Reinaldo Filho - IESUR/FAAr

Prof.^a Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva - UFF

Prof. Dr. Guilherme Sandoval Góes - IESUR/FAAr

Prof.^a Dra. Martha Asunción Enriquez Prado - UEL

Prof. Dr. Pablo Jimenez Serrano - UNISAL

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira - UNB

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho - UNESA

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Sampaio - FGV Direito Rio

Conselho Estrangeiro:

Prof. Dr. David Tood Ritchie - *Mercer University* (Estados Unidos)

Prof.^a Dra. Renata Vargas do Amaral - *Institute for Globalisation and
International Regulation* (Holanda)

Prof. Dr. Varsha Vijay Bhat - Infosys, India



Revisão:

Prof. Esp. André Luiz Costa

Prof.^a Ms. Márcia Helena Ribeiro Pereira Nunes

Prof. Esp. Priscilla Menezes da Silva

Instituto de Ensino Superior de Rondônia (Iesur).

Faculdades Associadas de Ariquemes.

Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito.

Endereço: Av. Capitão Silvio, n°. 2738, Grandes Áreas, Ariquemes / RO.

CEP: 78932-000. Telefone: (69) 3535-5008 - Fax: (69) 3535-5005

AREL FAAR - Amazon's Research and Environmental Law, v. 1, n. 3, nov. 2013. Rondônia: IESUR, 2013. 134 p.

ISSN 2317-8442

Direito - Periódicos. Quadrimestral. Instituto de Ensino Superior de Rondônia/Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAR). Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito (NUPES/DIR).

CDD 341

CDU 342 (81)

OBJETIVOS DA REVISTA

O objetivo da Revista AREL - *Amazon's Research and Environmental Law*¹ aponta para a inter-relação entre a ciência e a prática jurídica, em face da formação integral de profissionais que valorizem a contribuição da pesquisa para uma consciência social, jurídica e moral. Projeta-se, ainda, o desenvolvimento de estudos históricos, comparados e contemporâneos, através de duas linhas de pesquisa:

Linha de Pesquisa I - Sociedade, Empresa e Sustentabilidade. Discutem-se as perspectivas de desenvolvimento ambiental e empresarial da Região, procurando novas formas de efetivação do desenvolvimento econômico-social.

Linha de Pesquisa II - Direitos Fundamentais e suas dimensões. Estuda-se a correlação e contribuição possíveis entre os Direitos Humanos e a realização da cidadania.

As linhas se caracterizam pelo estudo dos aspectos da exclusão social e jurídica em relação à dignidade da pessoa humana. São discutidos os efeitos da ineficácia social do Direito, procurando contribuir para uma melhor forma de exercício do poder e da administração da Justiça. Apresentam como eixo temático o “Desenvolvimento da microrregião rondoniense”, com estudos sobre as formas de exercício do Direito e das liberdades constitucionais em relação com a edificação da consciência social. Além disso, procuram investigar as possíveis formas em que o Direito, e sua ciência, podem contribuir para a edificação da consciência social e a formação de valores em face das novas relações estabelecidas entre a Sociedade e o Estado.

¹Disponível em: <<http://www.faar.edu.br/portal/revistas/ojs/index.php/arel-faar/index>>.

A revista AREL oferece acesso livre imediato ao seu conteúdo, seguindo o princípio de que disponibilizar gratuitamente o conhecimento científico ao público proporciona maior democratização mundial do conhecimento. Adota a licença *Creative Commons* (atribuição - uso não comercial - não a obras derivadas: by-nc-nd). Utiliza o *Open Journal Systems*, sistema de código livre gratuito para a administração e a publicação de revistas, desenvolvido com suporte e distribuição pelo *Public Knowledge Project* sob a licença *GNU General Public License*.

SUMÁRIO

EDITORIAL.....3

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes e Rossana Marina De Seta Fisciletti

ARTIGOS

A sociedade capitalista pós-moderna e suas repercussões nas relações de trabalho subordinadas: a questão da propriedade dos inventos criados pelo empregado.....6

The postmodern capitalist society and the labour relations repercussions: The issue of ownership of inventions created by the employee

Nilton Cesar Flores, Juliana Monteiro

O direito fundamental ao meio ambiente no novo constitucionalismo latino-americano: Bolívia e Equador.....29

The fundamental right to environment in new latin america constitutionalism: Bolivia and Ecuador

Ana Cristina Willemann

Classificação do BERTOLDI nos acordos de acionistas em sociedade anônima de capital aberto - estudo de caso do Grupo Pão de Açúcar.....44

Bertoldi classification application in shareholders agreements in corporation - case study Pão de Açúcar Holding

Pedro Rodrigues

A defesa dos empresários no conflito jurisprudencial do STJ quanto ao conceito da desconsideração da personalidade jurídica.....77

The defense of entrepreneurs in conflict jurisprudence from the Superior Justice Court regarding the concept of disregard of corporate personality

Renato Goulart Ferreira

ARTIGOS - ANÁLISES DE JURISPRUDÊNCIAS

Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª região - estudo de caso sobre a impossibilidade de extração sustentável dos diamantes das reservas indígenas.....113

The Rondônia Court trial - a case study about the inability to sustainable diamants extraction of indigenous reserves

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - estudo de caso sobre indicação da autoridade coatora nos mandados de segurança relativos à judicialização da saúde no estado de Rondônia.....123

Precedent of the Superior Justice Court - a study of constraining authority in health judicialization writ in the Rondonia State

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

EDITORIAL

Prezados Senhores,

A Revista AREL FAAR - AMAZON'S RESEARCH AND ENVIRONMENTAL LAW *Online* é uma publicação quadrimestral do IESUR/FAAr – Instituto de Ensino Superior de Rondônia – que tem por missão disseminar estudos e pesquisas inéditas realizadas na área das Direito, com enfoque voltado para “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade” e “Direitos Humanos e suas Dimensões”, que são as duas linhas de pesquisa do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES/IESUR/FAAr - constituído formalmente, após ser aprovado no CONSEPE da Instituição, em 2012.

É com orgulho que encerramos o exercício de publicações com este número extra do Volume 1 no ano de 2013. Assim, este volume apresenta quatro artigos nacionais seguindo as linhas de pesquisa do NUPES/IESUR/FAAr, selecionados pelo nosso Conselho Editorial como artigos científicos didáticos e de qualidade enviados por advogados e alunos pós-graduação *stricto sensu* isoladamente ou em coautoria com seu orientador ao longo do ano, como resultado da confiança que os mesmos já possuem em relação ao nosso trabalho.

Também, pela primeira vez, estamos publicando artigos relativos às Jurisprudências do Estado de Rondônia, tanto analisando acórdãos do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, quanto do Superior Tribunal de Justiça. Foram duas análises de jurisprudências desenvolvidas, uma em cada Linha de Pesquisa do NUPES/IESUR/FAAr, pelo corpo técnico dos Laboratórios de Humanos e de Sustentabilidade, como forma de comemorar um ano de existência destas unidades de pesquisas sociais aplicadas do IESUR/FAAr, prestigiada Instituição de Ensino Superior situada na microrregião leste de Rondônia.

O número extra do Volume 1 não segue a estrutura das demais edições, uma vez que em cada número editamos sete artigos nacionais, sendo três da categoria *Empirical Research Review* (seção que visa divulgar a pesquisa empírica no Brasil), sempre com a finalidade de manter uma rígida classificação dos artigos, demonstrada nas edições anteriores.

Aproveitamos a oportunidade para convidar o leitor a enviar seus artigos inéditos e de qualidade. A Revista AREL FAAR recebe artigos: nacionais, internacionais, com análise de jurisprudências e *empiricals research review* em fluxo contínuo.

As diretrizes para os autores que desejarem contribuir com nossa publicação se encontram no ícone SOBRE da Revista.

A revista possui o *International Standart Serial Number* (ISSN nº 2317-8442) e está

indexada no Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas (SEER) do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT). Indexada, ainda, no portal Diadorim (IBICT).

Cumpra ressaltar que todos os trabalhos submetidos foram analisados por dois avaliadores externos ad hoc, bem como pelo conselho editorial da Revista AREL. Os trabalhos desta publicação tramitaram pelo sistema *double blind peer review*.

Agradecemos a todos que contribuíram para o trabalho empreendido e a realização do Volume 1 com a publicação de três números relativos ao ano de 2013.

Resta mencionar o especial agradecimento ao IESUR/FAAR, por todo o apoio da Diretoria, dos Coordenadores Institucionais e do Coordenador de Direito, além do corpo docente e discente, sem os quais esta empreitada de sucesso não poderia ter sido realizada no ano de 2013.

Boa leitura!

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes

Editora Chefe

Revista AREL

e

Rossana Marina De Seta Fisciletti

Editora Adjunta

Revista AREL

ARTIGOS

**A SOCIEDADE CAPITALISTA PÓS-MODERNA E
SUAS REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES DE
TRABALHO SUBORDINADAS:
A questão da propriedade dos inventos
criados pelo empregado**

***THE POSTMODERN CAPITALIST SOCIETY
AND THE LABOUR
RELATIONS REPERCUSSIONS:
The issue of ownership of inventions
created by the employee***

Nilton Cesar Flores²

Doutor em Direito

Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

e

Juliana Monteiro³

Mestranda em Direito

Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: Este artigo colima abordagem relativa ao direito de propriedade dos inventos produzidos pelos empregados na constância de suas relações de emprego subordinadas. O desenvolvimento do capitalismo e da modernidade, e das inegáveis transformações vivenciadas no contexto social em plena era de transição paradigmática, de globalização, sociedade de consumo, interligada por uma rede mundial de computadores, da comunicação, da informação e todos os seus reflexos, são desenvolvidos e utilizados como pano de fundo para uma abordagem profunda do tema. O objetivo geral deste trabalho é o de destacar, desde o início, reflexões que visem a minimizar ou até mesmo tentar solucionar o problema apontando. Neste contexto, a premente necessidade de maior conscientização

²Doutor pela UFSC; Coordenador-Adjunto do Programa de Mestrado e Doutorado da UNESA; professor adjunto de Direito Empresarial da UFF, professor convidado da FGV; professor da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro EMERJ; Coordenador do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental e Propriedade Intelectual - GEDAPI certificado pelo CNPq e reconhecido pela UFF. E-mail: cesarflores2004@hotmail.

³Advogada, Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Pós-Graduada pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro e mestranda em Direito Público e Evolução Social, na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos da Universidade Estácio de Sá - UNESA. E-mail: prof.julianamonteiro@gmail.com.

social, de um maior diálogo entre as áreas do saber, como: a Sociologia, a Filosofia e o Direito e, em especial, a importância do papel do Legislativo mas, sobremaneira, do Judiciário, a fim de coadunar o Direito e a técnica e, assim, conseguir atingir o tão almejado equilíbrio das relações sociais. Metodologicamente se pretende analisar o tema sociológico-reflexivamente para obter o enfoque crítico necessário acerca da questão da propriedade dos inventos.

Palavras-chaves: Globalização. Propriedade Industrial. Relação de Emprego.

Abstract: This article approach relative to the ownership of the inventions produced by employees in the constancy of their employment relations subordinate. The development of capitalism and modernity , and the undeniable changes experienced in the social context in the era of paradigm shift, globalization, consumer society, interconnected by a global network of computers, communication, information and all your reflexes are developed and used as a backdrop for a deep approach theme . The aim of this study is to highlight, from the beginning, reflections that aim to minimize or even try to solve the problem pointing. In this context , the urgent need for greater social awareness, a greater dialogue between disciplines, such as sociology, philosophy and law, and in particular the importance of the role of the Legislature but greatly in the judiciary , in order consistent with the law and technology, and thus able to achieve the much desired balance of social relations . Methodologically, we intend to analyze the topic through a sociological analysis - reflective, get critical focus on the issue of ownership of inventions.

Keywords: Employment Relationship. Globalization. Industrial Property.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa uma análise da evolução histórica do capitalismo ao longo dos séculos e a demonstração de sua direta e inegável influência nas relações sociais, sobremaneira, nas relações de trabalho subordinadas, perpassando por todas as mudanças e transformações sociais, até adentrar na questão do direito de propriedade dos inventos criados pelos empregados.

A transição da modernidade para uma nova realidade, para a qual não há um consenso terminológico, mas há grande preocupação com os efeitos nefastos que vem causando, é cenário para o desenvolvimento do raciocínio e de uma abordagem crítico-construtiva.

De fato, a expansão desenfreada do capitalismo, aliada ao um novo modelo de exploração da mão de obra, pautado na intensificação do trabalho de produtividade, vem revelando uma profunda mudança de paradigma e ensejando uma preocupação com o futuro.

A proteção existente, em muitos momentos, se revela insuficiente e defasada, não atende mais às demandas que surgem como fruto de uma sociedade capitalista pós-moderna, globalizada e em constante transformação.

A dinâmica capitalista se confirma ao longo dos tempos, apesar dos momentos de crise, o capitalismo vem se reinventando e, hoje, amparado por um aparato tecnológico, dinâmico e eficiente ganha proporções dantescas e alarmantes de exploração humana e desgaste ambiental.

A produtividade passa a ser o objetivo central, em detrimento das preocupações com o ser humano e com a natureza, gerando notório desgaste, aonde só sobrevive aquele que for veloz, versátil, eficiente, e der conta das metas, quase inatingíveis, em tempo recorde.

Desta feita, a análise perpassa, inicialmente, por todas as fases do capitalismo, do liberal ao desorganizado. Em um segundo momento, constatamos como o capitalismo e a modernidade, passam a não mais se dissociar, apesar das mudanças paradigmáticas sofridas ao longo dos séculos e, conseqüentemente, quais os reflexos dessas transformações. As conseqüências dessa mudança paradigmática nas relações de trabalho subordinado são objeto de análise, revelando o fenômeno da intensificação do trabalho, baseado na produtividade. Um capitalismo contemporâneo globalizado voltado para os resultados. Por fim, a análise cinge-se a um ponto específico dentro deste atemorizante contexto: a questão do direito de propriedade quanto aos inventos criados pelo empregado.

A questão pende de uma regulação precisa, o direito não acompanha a velocidade com que as relações se transmudam em plena sociedade da informação, não possuindo respostas às demandas, instaurando um momento de insegurança social e jurídica.

Deste modo, uma análise histórico-filosófico-social se fará presente ao longo da explanação, a fim de que possamos nos conscientizar e revelar esforços, tanto

preventivos quanto aptos a encontrar soluções para as questões já existentes. O tempo urge.

A pós-modernidade e a mudança de paradigma da exploração nas relações de trabalho subordinadas reflete uma realidade e tem como grande marco filosófico, justamente, o aumento gradativo de uma desvalorização do judiciário por conta da injustiça e insegurança. Os juízes precisam se conscientizar e lançar esforços dada a importância de seu papel inserido na sociedade da informação, que traz demandas que ele tem que decidir, pois a lei não traz regulação nem sequer solução.

A proposta consiste em alertar para essa situação de insegurança e, trazer parâmetros para uma atuação preventiva, através da criação de regras gerais aptas a balisar as decisões e, mais ainda, a atuação consciente do judiciário neste sentido.

A grande preocupação, contudo, é evitar mera falácia, mas sim, ir em busca de ações concretas. Como assevera René Descartes em seu “Discurso do Método”, o grande problema do Direito reside em deixar a questão no plano filosófico e não conseguir resolver no campo prático.

1. O Capitalismo e a Pós-modernidade

1.1 Do capitalismo liberal ao capitalismo “desorganizado”

O capitalismo teve seu berço na Europa, mais precisamente na Inglaterra, e foi a partir das revoluções liberais da Idade Moderna, como a Revolução Inglesa (1640-60), a Revolução Francesa (1789-99), dentre outras, que fizeram com que o capitalismo se estabelecesse e se desenvolvesse como sistema econômico predominante nos países da Europa Ocidental. E assim, teve início a era do capitalismo moderno.

O capitalismo e a modernidade ocidental, a partir de então, apesar de todas as transformações que se seguiram e de corresponderem a processos históricos autônomos e distintos, passaram a estar ligados entre si em todas as fases do capitalismo: o liberal, o organizado e o desorganizado⁴.

⁴Boaventura Santos defende que podemos dividir esse desenvolvimento em três períodos: o primeiro, do capitalismo liberal, cobre todo o século XIX, embora as três últimas décadas tenham um caráter de transição; o segundo, o período do capitalismo organizado, começa nos finais do século XIX e atinge o seu desenvolvimento máximo no período entre as duas guerras e nas duas primeiras décadas do pós-guerra; finalmente, o terceiro período, o capitalismo desorganizado, começa nos finais dos anos 60 e ainda continua. (SANTOS, 2000, p.139).

Juntamente com o capitalismo, surge o embate capital versus trabalho e, duas classes antagônicas e em constante conflito, a burguesia e o proletariado, estando, nas mãos da classe burguesa, o poderio econômico e político, se sobrepondo à massa proletariada.

Desta feita, o século XIX consolidou a burguesia como classe dominante nos países capitalistas, inseriu o modelo capitalista liberal (SANTOS, 2000, p.139 e 146), um período de autorregulação das relações sociais e de mercado, garantido pelo Estado, pautado no direito privado e que vinculou, a partir daí, a própria trajetória do paradigma da modernidade ao capitalismo. Tratou-se de um período de grandes promessas e muita credibilidade no Estado, um projeto “demasiado ambicioso e internamente contraditório” (SANTOS, 2000, p.140), tanto assim que, no final do próprio século XIX, com a industrialização e a expansão do princípio do mercado, foi substituído pelo capitalismo organizado, que surgiu em meio a algumas promessas não cumpridas, porém mascaradas sob uma hegemonia estatal e sob uma atuação mais interventiva do Estado.

O desenvolvimento tecnológico, sem sombras de dúvida, contribuiu e foi decisivo para a evolução do capitalismo industrial organizado. A indústria manufatureira evoluiu para a produção mecanizada, possibilitando a constituição de grandes empresas, nas quais se implantou o processo de especialização da mão de obra e de divisão técnica do trabalho⁵. Porém, por detrás deste cenário de desenvolvimento, a exploração dos trabalhadores alcançou proporções tais que, a fim de garantir o equilíbrio das relações sociais, o Estado se viu obrigado a intervir nas relações salariais e consumeristas, na proteção dos empregos, nas indenizações, medidas estas, que resultaram “em um pacto social (entre o capital e o trabalho, sob a égide do Estado) tão inédito que conduziram a uma forma política nova: o Estado-Providência.”⁶

Todavia, apesar de todo o empenho estatal para tentar conter a crise, a situação caótica fruto da exploração e geradora de profundas desigualdades e

⁵Por várias décadas depois da segunda Guerra Mundial, o modelo Keynesiano da economia capitalista, baseado num contrato social entre o capital e o trabalho e num controle sutil dos ciclos econômicos nacionais por meio de medidas tomadas pelo poder estatal - elevação ou redução das taxas de juros, aumento ou diminuição de impostos, etc, -, teve um grande êxito e levou prosperidade econômica e a estabilidade social à maioria dos países que seguiam economias de mercado de caráter misto. Na década de 1970, porém, esse modelo atingiu os seus limites conceituais. (CAPRA, 2005, p. 174).

⁶A gestão econômica (o Keynesianismo) e a gestão política (o Estado-Providência) do capitalismo nos países centrais conduziram a um novo modo de regulação social que se designou por fordismo. Este modo de regulação baseia-se na convergência do desenvolvimento do princípio do Estado e do princípio do mercado, de forma a que os conflitos entre ambos sejam considerados provisórios, seletivos e até institucionalizados. (SANTOS, 2000, p. 148).

insatisfações sociais, acabou por revelar o fracasso de todas as tentativas supra referidas e por culminar em guerras e grandes crises.

A primeira Guerra Mundial e as Grandes Crises de 1929 e 1933 transformaram significativamente o cenário mundial e o capitalismo também passou por profundas mudanças. O mercado capitalista passou a ser liderado pelos norte-americanos, sendo derrubada a hegemonia europeia e o capitalismo competitivo, para dar lugar a um capitalismo monopolista.

Não se pode olvidar, que concomitantemente a todos esses fatos, a partir de 1917, o sistema capitalista passou a ter que enfrentar um grande desafio, pois chegando a representar um terço da população, surgiu o socialismo.

As grandes nações capitalistas passaram a ver o bloco socialista como inimigo comum, ampliado a partir da segunda guerra mundial com a instauração de regimes comunistas nos países do leste europeu e com a revolução chinesa. Nesta época, grande parte dos recursos produtivos foi investida na indústria bélica e na exploração do espaço com fins militares.

Deste modo, na proporção que, o paradigma reformista do capitalismo organizado chegou ao colapso, entrou em cena a era do capitalismo desorganizado⁷. O Estado-Providência e seu modelo fordista entraram em crise a partir dos anos setenta e houve uma conscientização dos déficits até então causados à sociedade e que, muitas das promessas da modernidade, jamais seriam cumpridas.

E, essas transformações da infraestrutura social acarretaram, como consequência, a ruptura dos valores tradicionais dos diferentes grupos e classes, segundo Faria, “maior agressividade de comportamento, novos modos de reinserção sócio-política, a emergência de estruturas paralelas de representação ao lado dos mecanismos representativos tradicionais e, sobretudo, o aparecimento de novas demandas por segmentos sociais desfavorecidos e geradores de receita”. (FARIA, 1991. p.24).

Com isso, o próprio capitalismo do século XX, que resistiu ao socialismo, vem passando por inúmeras crises. E o que assombra o intérprete é o lapso temporal que as separam. Parece progressivamente mais curto, com elevados índices de desemprego, inflação, instabilidade e o aumento da concorrência entre os grandes competidores.

⁷Esta designação, porém, é ambígua e traiçoeira, pois pode fazer crer que no período atual o capitalismo não é organizado, o que está longe de ser verdade. De fato, pode afirmar-se precisamente o contrário, que o capitalismo está hoje mais organizado do que nunca. A expressão capitalismo desorganizado significa, em primeiro lugar, que as formas de organização típicas do segundo período estão a ser gradualmente desmanteladas ou reconstruídas num nível de coerência muito mais baixo, e, em segundo lugar, que, precisamente, por esse processo estar a decorrer, é muito mais visível a demolição das antigas formas organizativas do que o perfil das novas formas que irão substituí-las. (SANTOS, 2000, p.153).

Pode-se assim, apropriando-se das sábias palavras de Boaventura Santos, afirmar que:

desde a primeira vaga industrial - com a expansão das cidades comerciais e o aparecimento de novas cidades industriais no período do capitalismo liberal - até ao espetacular desenvolvimento dos mercados mundiais, com o aparecimento de sistemas de produção de dimensão mundial, a industrialização do Terceiro Mundo e a emergência de uma ideologia mundial de consumismo no atual período do “capitalismo desorganizado” - o pilar da regulação sofreu um desenvolvimento desequilibrado, orientado para o mercado. (SANTOS, 2000, p.57)

Deste modo, constata-se que a sociedade atual, em plena era da Revolução da Informática, fez o capitalismo, mais uma vez, se reinventar, mais flexível⁸ e consideravelmente ampliado⁹.

1.2 - Modernidade, Pós-modernidade e Pós- Industrialidade

Após constatar-se que a trajetória do paradigma da modernidade está ligada ao capitalismo e suas fases, o grande desafio consiste em definir, inicialmente, o que é modernidade.

Segundo Giddens, “a modernidade refere-se a um estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que posteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (GIDDENS, 1991, p. 11).

Hodiernamente, há um consenso de que a modernidade não se apresenta mais

⁸A tendência para uma relação salarial mais precária (alguns dirão mais flexível) tem sido simultaneamente, causa e efeito do declínio dos mecanismos corporativos (legislação social, justiça do trabalho, contratação coletiva, salários indiretos) e das organizações que os mobilizavam, principalmente dos sindicatos, que viram o número de filiados diminuir continuamente. (...) A segmentação nacional e transnacional dos mercados de trabalho, o aumento do desemprego e do subemprego, a difusão da ideologia cultural do consumismo, o conjunto de todos esses fatores contribuiu para descaracterizar as práticas de classe ou para impedir que se transformem eficazmente em política de classe. (SANTOS, 2000, p.156).

⁹Esse novo capitalismo é profundamente diferente do que se formou durante a Revolução Industrial e do que surgiu depois da Segunda Guerra Mundial. Caracteriza-se por três traços fundamentais: suas principais atividades econômicas são globais; suas principais fontes de produtividade e competitividade são a inovação, a geração de conhecimento e o processamento de informações; e ele se estrutura principalmente em torno de redes de fluxos financeiros. (CAPRA, 2005, p. 148).

com a mesma roupagem após todas as transformações sofridas, contudo, não há consenso quanto a um aspecto terminológico e conceitual preciso para esse fenômeno.

Podemos dizer que estamos a atravessar um período de “transição paradigmática” (SANTOS, 2000, p.49); Giddens apresenta uma variedade de termos sugerida para essa transição: “sociedade da informação”; “sociedade de consumo”; “pós-modernidade”; “sociedade pós-industrial”. (GIDDENS, 1991, p. 11) Aos quais ainda podemos somar outros, como “sociedade da inteligência” ou “da comunicação” (ROSSO, 2008, p. 9). Ou, ainda, “sociedade de redes” (MANUEL CASTELLS apud CAPRA, 2005, p.143).

O fato é que houve, notoriamente, uma mudança estrutural do sistema: transformações institucionais nos deslocando de um sistema baseado na manufatura de bens materiais para outro relacionado mais centralmente com a informação. (GIDDENS, 1991, p.12)

Não obstante algumas críticas, podemos afirmar que o termo Pós-modernidade apresenta-se como o mais popular, e um dos grandes (GIDDENS, 1991, p.12 e; SANTOS, 2000, p. 49), senão o maior, responsável pela popularização da noção de pós-modernidade foi Jean-François Lyotard¹⁰.

Jean-François Lyotard representa o referencial teórico da pós-modernidade¹¹, baseado na linguagem e na comunicação como fontes de equilíbrio das relações sociais, a ponto de ousarmos a afirmar que influenciou o pensamento de grandes pensadores, como Michel Foucault, Jürgen Habermas, dentre outros.

De fato, as estruturas da modernidade foram abaladas e vivemos a insegurança e as incertezas desse período transicional¹². Transformações de tal monta que, inseridas no contexto da sociedade capitalista globalizada,

¹⁰“A condição da pós-modernidade é caracterizada por uma evaporação da grand narrative - o “enredo” dominante por meio do qual somos inseridos na história como seres tendo um passado definitivo e um futuro predizível”. (GIDDENS, 1991, p. 12).

¹¹BITTAR “estudar a pós-modernidade é, para Lyotard, fundamentalmente, desapegar-se das influências, e fontes de inspiração medievais ou modernas, dedicando-se à compreensão das práticas de linguagem, por meio das quais interagem atores linguísticos, uma vez que isto redunde em capacidade para produzir compreensão e entendimentos sociais”. (LYOTARD apud BITTAR, 2005, p. 126 e 127).

¹²“Assim, tornam-se assuntos démodé os grandes temas da modernidade: universalidade da lei; abstração das normas; consenso e vontade geral; universalidade dos direitos humanos; ordenamento jurídico como sistema fechado e completo; sociedade como organismo; essencialidade do caráter gregário do homem; soberania como um ponto inquestionável e incontestável da constituição do Estado moderno; formas capitalistas de produção e competição fordista do espaço produtivo serial; entre outras questões. Em lugar do universalismo, o fragmentário; em lugar do centralismo, o periférico; em lugar do consenso omnium, os regionalismos; em lugar da igualdade, a identidade.” (BITTAR, 2005, p. 131)

perpassam pela economia, pela política, pelas relações sociais e, sobretudo, sobre as relações de trabalho¹³.

Apropriando-nos das palavras de Capra, ao citar Manuel Castells, podemos afirmar que, assim como a Revolução Industrial deu origem à “sociedade industrial”, assim também a nova Revolução da Informática está dando origem à “sociedade da informação” (CAPRA, 2005, p. 143).

O falido modelo industrialista de vida (fordismo-Keynesianismo)¹⁴ passou a ser engolido pelos anseios de uma sociedade capitalista globalizada, intensamente explorada e repleta de insatisfações, descrente diante das promessas frustradas e das questões não solucionadas¹⁵. As mudanças existem e são reconhecidas como tal, contudo, grande parte das questões que surgem perpetuam-se sem solução. Vivemos, hoje, em plena era da sociedade de consumo (BAUMAN, 1999, p. 88), na qual, há a constante mobilização para incutir nos agentes sociais a adoção “espontânea” desse personagem altamente consumista. Ou seja, ao invés da buscar-se pela mão de obra, o que se busca são consumidores ávidos a desempenhar esse papel.

É assim que alguns autores entram em cena para chamar à atenção de que o referido período deveria ser reconhecido como um período de profunda instabilidade e, inseridos nesta empreitada, destacam uma Pós-Industrialidade¹⁶, distante, de igual sorte, de um consenso quanto às suas regras.

¹³Notórias transformações nas relações de emprego: Aposta no investimento de indústria (perfil de mão de obra, de baixa qualificação, mal remunerada, sem distinções muito grandes de hierarquia, baixo nível de interação e/ou participação nas políticas empresariais na relação empregador/empregado, excessivamente onerada em horas de trabalho, condições precárias de execução das atividades, prevalência de atividades físicas sobre as intelectuais) e sua substituição pelo investimento de serviços (perfil de mão de obra executiva, de alto custo empresarial, bem qualificada, com gradativas distinções de papel empresarial, maior nível de interação e/ou participação nas políticas empresariais na relação empregador/empregado, com redução de horas de trabalho dedicadas ao local de trabalho, condições informatizadas e mecanizadas de execução das atividades, prevalência de atividades intelectuais sobre físicas), o que provoca a alteração das relações sociais, da fisiologia das relações de trabalho, bem como permite maior mobilidade na estruturação das culturas laborais (teletrabalho, trabalho à distância, horários de trabalho flexíveis, empresários internacionais etc). (BITTAR, 2005, p. 149)

¹⁴Os economistas keynesianos concentraram-se na economia interna de cada país, desconsiderando os tratados econômicos internacionais e a rede comercial global que se tornava cada vez maior; esqueceram-se do imenso poder das empresas multinacionais, que se tornaram os elementos principais da cena econômica mundial; e por último, mas não menos importantes, ignoraram os custos sociais e ambientais das atividades econômicas, como ainda estão acostumados a fazer a maioria dos economistas. (CAPRA, 2005, p. 147).

¹⁵Assim é que a pós-modernidade nasce ambientada num contexto em que a sociedade se prepara para superar os arquétipos advindos do modelo industrialista de vida (fordismo-Keynesianismo). Concorrência, horas de trabalho, centros urbanos, massificação e consumismo, relações de exploração humana, problemas sociais, falta de orçamento público, crise de representatividade, falta de consciência política, flagelos sociais, militarização crescente dos polos de riqueza mundial, ineficácia da legislação, carência de fiscalização... são fatores talvez não previstos, ou não calculados, que começaram a assinalar a desordem e o caos no final do século. (BITTAR, 2005, p. 174).

¹⁶Assim, passa-se a identificar, ao lado da pós-modernidade, outro movimento, a que se tem chamado de pós-industrialidade, surgindo como forma de motivar/desmotivar e desafiar/aprovar as mentes quanto aos destinos possíveis da humanidade. (“...esta expressão empregada pelo sociólogo italiano Domenico Demais, como forma de carterizar uma sociedade marcada pelos seguintes fatores: sociedade da informação, do teletrabalho, da desindustrialização das formas de produção, da diversificação dos espaços de trabalho, da intelectualização progressiva das atividades profissionais. (BITTAR, 2005, p. 175).

Pelo exposto, diante do contexto, só nos resta constatar que “só a partir da modernidade é possível transgredir a modernidade” e, que independentemente da nomenclatura atribuída ao fenômeno, vivemos uma mudança estrutural de paradigmas¹⁷.

2. A globalização e seus reflexos nas relações de trabalho subordinadas

Todo esse cenário de mudanças paradigmáticas que passamos a vivenciar, sobretudo a partir do final do século XX, com reflexos econômicos, sociais, políticos, culturais, tecnológicos, que culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), foi batizado de globalização (CAPRA, 2005, p. 141).

De fato, não há consenso acerca de uma conceituação precisa do termo globalização, mas é certo que surgiu da expansão da ideologia econômica do liberalismo e da conseqüente necessidade de abertura de mercados entre os países.

A “globalização” está na ordem do dia; uma palavra da moda, um lema, uma encantação mágica, uma senha capaz de abrir portas de todos os mistérios presentes e futuros e que, boa ou nefasta, reflete um processo irreversível e que a todos afeta (BAUMAN, 1999, p.7).

Trata-se, sem dúvida, de um fenômeno tipicamente capitalista, fruto de uma série de fatores sociais como o período das grandes colonizações, a Revolução Industrial, as grandes Guerras Mundiais, o avanço do Liberalismo, os avanços tecnológicos, enfim, ligada intimamente aos momentos e fenômenos sociais que se sucedem no seio social.

A globalização pode ser definida, nas palavras de Anthony Giddens, como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorridos a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético”. (GIDDENS, 1991, p. 76).

Segundo Bauman¹⁸, compartilhando as idéias de Jowitt, a globalização é a “nova desordem mundial”, com outro nome.

¹⁷Hoje a intervenção tecnológica pode prolongar as conseqüências, no tempo e no espaço, muito para além da dimensão do próprio ato através de nexos de causalidade cada vez mais complexos e opacos. (SANTOS, 2000, p.58).

¹⁸“Ao longo de toda a era moderna nos acostumamos com a idéia de que a ordem é equivalente a “estar no controle”. É dessa suposição - quer bem fundada ou meramente ilusória - de “estar no controle” que mais sentimos falta.” (GIDDENS, 1991, p. 65).

O fato é que, a globalização, frise-se, não decorreu de mero acaso, tratando-se de um processo elaborado intencionalmente pelos grandes países capitalistas que compõem o “G7” (CAPRA, 2005, p. 150). “Em condições de modernidade e globalização, uma quantidade cada vez maior de pessoas vive em circunstâncias nas quais instituições desencaixadas, ligando práticas locais a relações sociais globalizadas, organizam os aspectos principais da vida cotidiana” (GIDDENS, 1991, p. 91).

Assim, podemos chegar a afirmar que a globalização vem gerando uma crise no próprio direito e, mais precisamente, no Direito do Trabalho, pois as relações de trabalho subordinadas sofrem diretamente com todas essas transformações.

Um mercado extremamente competitivo, no qual para sobreviver exige-se que seja o melhor e com menores preços, imbuído de um capitalismo selvagem, deixa à margem a observância de direitos sociais conquistados em detrimento da “sobrevivência”.

O grande desafio e a grande preocupação, diante deste cruel panorama, encontra-se, justamente, em encontrar um equilíbrio, se é que ele existe e pode ser alcançado.

Portanto, necessária se faz, uma profunda reflexão sobre a possibilidade de realização da democracia e das garantias dos direitos fundamentais, diante desse processo de transformação nas relações de trabalho e na própria economia. O Estado do Bem-Estar Social, o *Welfare State*, entrou em crise e toda a sua filosofia introdutória, baseada na existência de um Estado protecionista e garantidor dos direitos do hipossuficiente passou a ser repensado.

De fato, essa situação desperta para uma análise crítica da sistemática e dos resultados da globalização, que começam a ser questionados.

Há quem defenda que - não obstante todas as mazelas decorrentes do sistema - seja a globalização um “mal necessário” e que, por estar incorporado à realidade mundial, refletiria um caminho sem volta.

Por outro lado, críticos ferrenhos do sistema lideram um movimento, denominado de antiglobalização, ou seja, são os anticapitalistas, se assim podemos dizer, são os que se opõem aos aspectos capitalistas-liberais da sociedade globalizada, e que apontam como alternativa a adoção do socialismo, do comunismo e até mesmo da anarquia.

A questão é complexa e, sem olvidar da preocupação com o meio ambiente e do próprio futuro da humanidade diante desta exploração desenfreada, o nosso

foco se volta para a questão dos direitos sociais do trabalhador, como resguardá-los diante desta globalização capitalista.

Na “nova era”, a modernidade, e para outros “a pós-modernidade”, estamos vivendo uma evolução espantosa na eletrônica, na tecnologia, nas ciências, entre outros, e de forma paralela se construiu um conjunto extenso de discursos que conferem força e capacidade de se expandir a essas novas formas de poder, mas não há resposta para todos os anseios sociais e as celeumas que surgem no atuar desses agentes.

No campo das relações de trabalho, alternativas de sobrevivência despontam. No Brasil, muito embora os direitos trabalhistas sejam irrenunciáveis pelos próprios titulares do direito, que são os empregados, inseridos em uma estrutura protetiva e rígida, a própria ordem constitucional foi obrigada a adaptar-se às novas exigências sociais e prever hipóteses de flexibilização. Ou seja, através da pactuação de acordos e convenções coletivas de trabalho, na qual a participação dos sindicatos da categoria profissional é obrigatória, na forma do artigo 8º, IV e VI, da Carta Magna, direitos trabalhistas, respectivamente, como o salário e a jornada, podem ser, temporária e excepcionalmente, flexibilizados tendo como cerne a manutenção dos empregos em momentos de extrema crise no setor da economia e a própria saúde do mercado de trabalho.

Há quem defenda, porém que, a flexibilização não se demonstra suficiente e sustenta, no Brasil, a necessidade da adoção de uma desregulamentação, assim como adotada em outros países da América e Europa. Desregulamentar seria despir-se das legislações trabalhistas infraconstitucionais conquistadas até agora, mantendo apenas os direitos sociais assegurados na Constituição como espinha dorsal e, delegando para as partes, através da pactuação dos supracitados acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho, a instrumentalização dos seus direitos sociais.

Difícil asseverar quem está com a razão, pois são meios diversos de tentar driblar a crise e assegurar os empregos e o tão sonhado equilíbrio das relações sociais de trabalho. Assim, o que não se pode olvidar, é de que se trata de relação extremamente desigual, na qual o empregado é o hipossuficiente. E, diante disso, mister se faz alertar que corremos o risco de uma regressão, ao contrário do avanço e solução almejados. Há o grande risco de que a parte mais forte da relação empregatícia, espelhada na figura do patrão capitalista e inserido em um mercado altamente competitivo, faça valer, de vez, a sua força em detrimento

à observância dos direitos sociais dos trabalhadores, já conquistados. O que, de fato, já vem acontecendo aos poucos pautado no discurso da sociedade capitalista de consumo.

3. A sociedade de consumo: do trabalho material ao imaterial

A sociedade de consumo (BAUMAN, 1999, p. 90), como toda a sociedade moderna, é estratificada e envolve, sobretudo, o esquecimento, não o aprendizado. A pressão, hoje, é para romper os hábitos do trabalho regular, permanente, cronometrado, fixo, em prol do “trabalho flexível”¹⁹. A estratégia é fazer com que os trabalhadores esqueçam, não aprendam, o que quer que lhes pretendia ensinar a ética do trabalho nos dias dourados da indústria moderna²⁰.

Capra, segundo a doutrina da globalização econômica denominada “neoliberalismo”, desenvolveu a ideia do impacto social da globalização, mediante a apresentação proposta por Manuel Castells, o qual concluiu que a “economia em rede” transformou profundamente as relações sociais entre o capital e o trabalho. (CAPRA, 2005, p. 153).

Seguindo em sua concepção neoliberal, aduziu que o declínio da soberania, autoridade e legitimidade dos Estados nacionais foi decorrência direta da ascensão desta sociedade em rede, o que gerou uma profunda transformação das relações de poder, que deixa de ser, por exemplo, nas relações empresariais, um processo controlador e linear e passa, na sociedade em rede, a se portar de modo difuso, não linear, imprevisível. (CAPRA, 2005, p. 163).

Os tempos, de fato, mudaram e, a era das sociedades pré-industriais, baseadas na produção e no trabalho material, ainda dependentes da natureza, foi substituída por uma sociedade de serviços, de produção imaterial, baseada na informação, na comunicação, na divisão social do trabalho. Mudanças tais, que nos permitem, visivelmente, constatar a diferença da realidade atual para a era da Revolução Industrial e das sociedades pré-industriais. (ROSSO, 2008, p. 30).

A revolução tecnológica propiciou a utilização da informática, da comuni-

¹⁹“Os trabalhadores devem desaprender a dedicação ao trabalho duramente adquirida e o apego emocional duramente conquistado ao local de trabalho, assim como o envolvimento pessoal no conforto desse ambiente.” (BAUMAN, 1999, p. 120).

²⁰“Os trabalhadores devem desaprender a dedicação ao trabalho duramente adquirida e o apego emocional duramente conquistado ao local de trabalho, assim como o envolvimento pessoal no conforto desse ambiente.” (BAUMAN, 1999, p. 120).

cação, o aumento da automação até mesmo em atividades primárias, atingindo diretamente os trabalhadores e dando ênfase ao trabalho imaterial²¹.

Mas, afinal, questiona-se como podemos caracterizar o trabalho imaterial e, a resposta está inserida em um contexto. As ditas “atividades de serviço” cresceram vertiginosamente como empregadores, serviços ligados à cultura, saúde, educação, serviços sociais, de comunicação, bancários, de telefonia, entre outros que surgiram com a revolução informática, ganharam monta e passaram a refletir uma nova realidade. (ROSSO, 2008, p. 33).

Contudo, não obstante ao ressaltado, mister se faz asseverar que, a partir do momento que há essa quebra de paradigmas da materialidade da indústria para a imaterialidade dos serviços, ganharam relevo práticas nefastas ao empregado, tais como a intensificação do trabalho por produção, imposição de metas abusivas e inalcançáveis, exigência de um grau de dedicação quase que exclusivo para com a empresa, sem ignorarmos, o aumento considerável de doenças decorrentes do trabalho, como síndromes do pânico, stress, entre tantas outras, que passaram a ser uma constante, demonstrando que, o que realmente importa na sociedade de consumo e em rede, são os resultados, em detrimento da própria saúde, integridade e dignidade do trabalhador.

Ocorreu, assim, a transição das atividades industriais para as atividades de serviço e, como consequência, todo esse desgaste físico, intelectual e emocional dos trabalhadores diretamente envolvidos. E, sem querer ser pessimista, essa realidade atual nos permite ousar a prever que o capitalismo globalizado fará com que, em um futuro não muito distante, o setor industrial esteja tão reduzido em sua capacidade de empregar mão de obra, quanto hoje o setor primário (ROSSO, p. 33 e 37).

E, justamente, neste cenário, foi que Sadi Del Rosso, operou com a noção de mais-valia (ROSSO, p. 33), emprestada de Karl Marx, visando esclarecer esse momento transicional do trabalho material para o imaterial (MARX, 1988, p. 33). E defendeu que o conceito de mais-valia relativa se encaixa melhor à idéia de imaterialidade do trabalho.

E, assim, um grande desafio que se passa a enfrentar a partir desta nova e incontestável realidade está na valoração deste trabalho imaterial. A noção de

²¹Assim como a Revolução Industrial repercutiu sobre a classe trabalhadora dando origem à classe operária industrial, a Revolução Informacional gera a classe dos trabalhadores imateriais intensificados (ROSSO, 2008, p. 31).

tempo trabalhado desenvolvida por Marx²² não responde mais ao modelo de trabalho imaterial.

Nas sábias palavras de Sadi Del Rosso, “um pesquisador faz uma descoberta e o valor dessa descoberta pode ser infinito ou nenhum”²³, variando conforme seu potencial de mercantilização.

E, deste modo, passa-se, a analisar a questão da propriedade dos inventos produzidos pelos empregados nas relações de trabalho subordinadas.

4. A questão da propriedade dos inventos criados pelo empregado

A fim de que o tema possa ser tratado com a profundidade e a importância peculiares, necessário se faz, antes de adentrar na questão dos inventos e da propriedade propriamente ditos, deixar claro que o Direito não é preciso quanto a essa questão.

De fato, há regramentos no tocante ao Direito Autoral - Lei 9610/98 e a Propriedade Industrial - Lei 9279/76, contudo, não respondem a todas as demandas que surgem na sociedade de consumo e da informação, levando-se ainda em conta que, a dinâmica das relações sociais, por outro lado, em aspectos já abordados pela legislação, em muitos momentos, requer uma nova interpretação e aplicação, a fim de ganhar efetividade.

Nesta linha de raciocínio, o pensamento de Supiot demonstra que, a fim de alcançar o tão almejado equilíbrio e efetividade, temos que ter a sábia compreensão que “o Direito e a técnica participam de uma mesma cultura e avançam num mesmo ritmo”. Aduz que, “(...) não há dúvida de que o Direito pertence ao universo das técnicas. O Direito é mesmo uma das primeiras técnicas imateriais (...).” (SUPIOT, 2007, p. 141). A evolução do Direito do Trabalho, desde as Revoluções Francesa e Industrial, do capitalismo marxista, até o surgimento do Direito do Trabalho como ciência a partir de 1919, responsável pela imposição de limites

²²A produção de valores-de-uso muda sua natureza geral por ser levada a cabo em benefício do capitalista ou estar sob o controle, Por isso, temos inicialmente de considerar o processo de trabalho à parte de qualquer estrutura social determinada. (MARX, 1988, p.1).

²³Infinito se a descoberta pode ser commodificada, mercantilizada, transformada em mercadoria. O trabalho do pesquisador não é representado pelo tempo médio socialmente necessário. A faísca cerebral e a fogueira mental que conduziram à descoberta são de natureza distinta do tempo médio e isto lhe confere um potencial infinito de valor. Nenhum, caso se trate de pesquisa básica ou de pesquisa cujos resultados práticos não podem ser imediatamente transformados em mercadoria. (MARX, 1988, p. 34).

a este atuar capitalista, reflete nitidamente essa estreita e visceral ligação do Direito com a técnica ao longo dos séculos. (SUPIOT, 2007, p. 142).

A grande sacada, o mote do raciocínio, essencial para compreensão do contexto e da conclusão, consiste em constatar que essa “função antropológica do Direito não desaparece de um tipo de técnica para outro”²⁴, na verdade, ela se transmuda, e aqui reside a importância e a beleza da técnica do direito: dinâmica e efetiva.

O notório desafio dos tempos modernos reside em encontrar caminhos para que o Direito consiga acompanhar a velocidade e a complexidade das relações decorrentes dessa sociedade em rede. E, podemos ousar a asseverar que, o Direito rígido, invariável, inflexível e imutável não tem mais vez²⁵.

O grande protagonista desse enredo passa a ser o Poder Judiciário, qual seja, encenando o papel primordial de aproximar as técnicas às exigências das demandas sociais que, justamente, a legislação não prevê ou estão em descompasso com a realidade.

Assim, a questão dos inventos criados pelos empregados e sua respectiva propriedade. A supracitada Lei 9279/96 regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, não se aplicando mais o artigo 454 da Consolidação das Leis do Trabalho, revogado desde os anos 70, pela Lei 5772/71, que dispunha sobre o assunto nas relações de trabalho subordinadas.

De fato, o Capítulo XIV, do Título I, reserva disposições destinadas a regular as invenções e os modelos de utilidade²⁶ realizados por empregados ou prestadores de serviço. Destaca-se, no referido capítulo, os artigos 88, 90 e 91 da Lei 9279/96, que assim dispõem expressamente:

Artigo 88: A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho

²⁴O exame desses problemas permite compreender as relações que as técnicas não cessaram de manter com o Direito. Essas relações não se deixaram resumir a mera adaptação de um Direito que estaria por definição atrasado relativamente ao progresso técnico, nem a uma submissão desse progresso a princípios jurídicos imutáveis. O Direito, enquanto técnica, participou desde a origem da emergência das tecnologias da informação e da comunicação, mas seu conteúdo hoje evolui diante de nossos olhos para submeter a utilização dessas tecnologias a valores propriamente humanos. O Direito do Trabalho permanece, assim, um observador privilegiado das relações entre o Direito e a técnica. (SUPIOT, 2007, p.144).

²⁵O ideal de uma sociedade capaz de regular a si mesma se expressa, enfim, no grau de desenvolvimento contemporâneo da negociação coletiva e, de modo mais geral na contratualização das relações sociais. (SUPIOT, 2007, p.159).

²⁶Na invenção há a criação de algo totalmente novo, gera criação, inovação e pode ser patenteada, salvo nas hipóteses expressamente previstas nos artigos 10 e 18, ambos da Lei nº 9279/96; não se confundindo com o modelo de utilidade, quando o produto já existe, mas lhe criou uma nova funcionalidade.

cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais o empregado foi contratado.

§1º: Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.

§2º: Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

(...)

Artigo 90: Pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização dos recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

Artigo 91: A propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

§1º: Sendo mais de um empregado, a parte que lhes couber será dividida igualmente entre todos, salvo ajuste em contrário.

§2º: É garantido ao empregador o direito exclusivo de licença de exploração e assegurada ao empregado o direito de justa remuneração.

§3º: A exploração do objeto da patente, na falta de acordo, deverá ser iniciada pelo empregador dentro do prazo de 1 (um) ano, contado da data de sua concessão, sob pena de passar à exclusiva propriedade do empregado a titularidade da patente, ressalvadas as hipóteses de falta de exploração por razões legítimas.

§4º: No caso de cessão, qualquer dos cotitulares, em igualdade de condições, poderá exercer o direito de preferência.

Assim sendo, podemos constatar que, o Direito, alinhado à técnica, se pre-

ocupou em impor limites de atuação a situações decorrentes e cada vez mais ligada ao trabalho imaterial e à sociedade da informação, da comunicação, ligada em rede.

Ora, sendo assim, em uma análise superficial, a proposta do presente estudo cairia por terra, ou seja, não haveria mais por que se preocupar, pois o Direito já traria todas as soluções. Ledo engano, exatamente neste momento, a análise crítico-construtiva mencionada na introdução da obra ganha relevo, pois, o fato de haver normatização legal sobre o tema não encerrou o debate e a insegurança, na medida em que o trabalho imaterial e a sociedade em rede fazem surgir novas demandas e questionamento não abrangidos pela lei. Simplesmente ignorar e apresentar repetidamente respostas prontas não resolverá a questão e, como tudo isso ocorre numa velocidade ímpar, o Judiciário entra em cena, para aparar as arestas e oxigenar o Direito. Trata-se do dinamismo e efetividade preconizados, em contraponto às ultrapassadas rigidez e inflexibilidade.

Destarte, a questão precisa de novos contornos, necessita de parâmetros mais precisos e delimitados, a fim de que, de fato, possamos identificar a questão da propriedade dos inventos.

Na sociedade informacional e em rede, faz-se necessário o aprofundamento do estudo da propriedade intelectual. A questão vem sendo analisada pelo Judiciário Trabalhista como algo “novo”. Alguns autores, inclusive, têm criticado o posicionamento do Judiciário Trabalhista em relação a estas “novas” propriedades, em razão de não alcançarem acertadamente a grandeza de seu significado nos julgamentos proferidos. Tecnicistas e legalistas, não conseguem fazer a correta adequação do Direito à técnica, a qual não se refere ao que está positivado tão somente, mas, pelo contrário, em conseguir um caminhar conjunto e efetivo em prol das soluções das demandas que se instauram.

Tanto assim o é, que o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu em alguns julgados recentes o direito de propriedade ao empregado, e não ao empregador, ainda que desenvolvido o invento na constância da relação subordinada, por não representar o objeto do contrato e não haver disposição contratual expressa delegando a propriedade ao empregador.

Pode-se citar um acórdão, proferido pela Terceira Turma do Colendo Tribunal Superior do Trabalho, em fevereiro de 2010, considerado revolucionário, singular, quebrando os paradigmas preestabelecidos e, segundo alguns, imutáveis, para condenar a União, na qualidade de sucessora da extinta Rede

Ferrovária Federal, a indenizar um ex-empregado que desenvolveu um instrumento de trabalho (modelo de utilidade) que a empresa até a data de hoje utiliza em prol de sua produtividade, alcançando a elevada monta de 390 mil dólares²⁷.

E, a partir do momento que a lacuna jurídica foi criada, outras decisões neste sentido foram igualmente proferidas, como um acórdão da Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho que assegurou a um escriturário da Caixa Econômica Federal o direito de receber por softwares desenvolvidos por ele e utilizados pela instituição, tendo em vista que não fora contratado para esse tipo de atividade. Sendo enquadrado no §2º do artigo 90, recebendo uma justa remuneração²⁸.

Em recente julgado, de fevereiro de 2012, em acórdão da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, o mesmo raciocínio fora utilizado pela mais alta Corte Trabalhista, condenando a empresa a pagar 15% dos lucros sobre a comercialização de um protetor de cabine para caminhonetes, conhecido como “Santo Antônio”, a ex-gerente de produção, tendo em vista que a atividade de criação não estava prevista na função desenvolvida pelo empregado na empresa²⁹.

Diante de todo o exposto, pode-se assim afirmar que, não obstante haja previsão legal sobre o tema, a matéria não é pacífica e o Judiciário, utilizando-se do Direito como técnica, vem adequando a lei ao caso concreto e trazendo soluções às demandas que surgem, de modo a exercer seu papel judicante com efetividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O momento transicional que vivemos nos insere em plena era de um capitalismo desorganizado, de uma sociedade capitalista globalizada, ligada em rede, da informação, da comunicação e, que desta feita produz reflexos em

²⁷Relatora Rosa Maria Weber, então ministra do Tribunal Superior do Trabalho, sob o argumento de que “não se pode permitir a alienação da força de trabalho, no caso concretizada na forma de uma criação intelectual, em favor do empregador, sem que o empregado seja por isso remunerado.” - RR 644489-89.2000.5.03.5555.

²⁸RR 7200-68.2004.5.13.0022.

²⁹RR 161200-59.2005.6.04.0404.

toda a sociedade, sobretudo nas relações sociais, mormente nas relações trabalhistas subordinadas.

Novas formas de exploração do trabalho, novos paradigmas, um capitalismo reinventado e adotado em quase todo o mundo e, formado por sociedades e economias interligadas, que fizeram com que o Direito, como técnica, tivesse que se readaptar para corresponder à velocidade com que essas transformações acontecem.

De fato, essa realidade se torna notória quando, fruto de toda essa transição paradigmática, novas demandas passam a surgir e o Direito passa a ter que atendê-las sob pena de cair no descrédito e gerar as tão temidas insatisfação e insegurança social.

De modo algum se trata de tarefa fácil, pelo contrário, é árdua a busca de esforços conjuntos em relação à atuação legislativa e judicante, sobretudo judicante, para conseguir atingir com maior rapidez e eficiência os resultados e respostas quase imediatas que esta sociedade veloz e interligada exige.

Neste contexto, a abordagem desenvolvida na presente obra teve o cerne de conduzir a uma visão, sempre destacada, crítico-constructiva, que permita uma conscientização dos déficits e demandas existentes, a fim de buscar soluções.

A questão da propriedade dos inventos produzidos pelo empregado demonstrou nitidamente essa transição mencionada e a necessidade de julgamentos efetivos e eficazes pelo Judiciário, não se baseando apenas na lei, ou seja, não há mais espaços para juízes autômatos que simplesmente decoram e aplicam o que está positivado na lei.

A sociedade atual é tão dinâmica e veloz que as leis editadas, depois do longo processo legislativo ao qual se submetem, nascem sob o estigma de estarem desatualizadas, isto é, em descompasso com a realidade e, mais uma vez, destaca-se a atividade interpretativa dos operadores do direito para suprir as lacunas da lei e garantir a segurança e o equilíbrio das relações sociais.

Conceder a propriedade ao empregado, sim, desde não faça parte das suas funções e não haja previsão expressa em contrário no contrato entre as partes. Registre-se que não se trata de descumprir a lei, sobretudo, a finalidade maior se revela na configuração do tão almejado equilíbrio.

De igual sorte, não se trata de formular respostas prontas, mas sim, como sabiamente adverte Bauman, “urge questionarmos as premissas supostamente inquestionáveis do nosso modo de vida, em prol da humanidade e de nós mesmos.” (BAUMAN, 1999, p 11).

Um comentário que não pode deixar de ser registrado, diante da sociedade em rede e interligada, é que, os meios propostos de solução surtem efeitos em momentos e em realidades diversas, e que o fato de dar certo em outros países, embora ligados por uma economia globalizada, não necessariamente, funcionará em nosso país e vice versa.

Concentração de capital, competitividade, concorrência, velocidade, tecnologia, informação, comunicação, eficiência, exigências da sociedade atual e reflexos de um capitalismo selvagem e desenfreado. A grande questão reside em delimitar aonde vamos chegar e o que podemos fazer.

A questão precisa de novos contornos, de parâmetros mais precisos e delimitados, a fim de que, de fato, possamos identificar a questão da propriedade dos inventos criados pelos empregados na constância de suas relações de emprego, bem como tantas outras que já existem e as que estão por surgir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: As consequências humanas. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O Direito na Pós-modernidade. São Paulo: Forense Universitária, 2005.

BRASIL. Lei nº 9279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm>. Acesso em: 20 de ago. de 2013.

CAPRA, Fritjof. As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2005.

DESTARTES, René. Discurso do Método. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, José Eduardo e Celso Fernandes. A Sociologia Jurídica no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

MARX, Karl. O Capital. Volume I - Parte III - Capítulo VII - Processo de Trabalho e Processo de produção de Mais Valia. Coleção Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

ROSSO, Sadi Dal. Mais trabalho: A intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Bomtempo, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Crítica da Razão Indolente. Contra o desperdício da experiência. Vol. 1 - Para um novo senso comum: a ciência. O direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

SUPIOT, Alain. Homo Juridicius. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LISTA DE ACÓRDÃOS ANALISADOS:

PODER JUDICIÁRIO. Tribunal Superior do Trabalho. RR 7200-68.2004.5.13.0022. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=478911&ano_int=2008&qtd_acesso=5939449>. Acesso em: 10 de ago. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 161200-59.2005.6.04.0404. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=478911&ano_int=2008&qtd_acesso=9874563>. Acesso em: 10 de ago. de 2013.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. RR 644489-89.2000.5.03.5555. Disponível em: < http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=478911&ano_int=2008&qtd_acesso=39335739>. Acesso em: 10 de ago. de 2013.

Artigo recebido em: 13.08.2013

Revisado em: 11.09.2013

Aprovado em: 07.10.2013

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE NO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: BOLÍVIA E EQUADOR

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ENVIRONMENT IN NEW CONSTITUTIONALISM HISPANIC: BOLIVIA AND ECUADOR

Ana Cristina Willemann¹

Mestranda em Direito

Universidade Estácio de Sá - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: O presente trabalho é o resultado de estudos sobre a nova visão do constitucionalismo na América Latina. Seu objetivo geral foi o de examinar a atenção que a Bolívia e o Equador, como países deste bloco político, estão dando ao direito ao meio ambiente equilibrado, com o devido respeito às culturas locais. Os objetivos específicos são os de construir em abordagem multidisciplinar o surgimento do direito ambiental e sua evolução do antropocentrismo até a percepção biocêntrica das relações no Planeta Terra, fundamentalmente com autores brasileiros, observando: (I) apresentar considerações sobre a nova teoria constitucional que vem se desenvolvendo nos países latinos; e (II) abordar o direito ao meio ambiente na nova visão do constitucionalismo latino-americano; e analisar como o respeito a Pacha Mama, Madre Tierra, impõe o direito fundamental à água e aos outros seres vivos. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica por meio de leitura e análise comparada dos textos dos autores mencionados na bibliografia deste artigo.

Palavras-chave: América Latina. Direito Ambiental. Novo constitucionalismo.

Abstract: The present essay is the result of studies on the new vision over the constitutionalism in Latin America. It aimed to examine the attention the countries of this political grouping are dedicating to the right to a balanced environment without diminishing the respect to their local cultures. The specific objectives are to build multidisciplinary approach the emergence of environmental law and its evolution anthropocentrism to

¹Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestranda em Direito Público e Evolução Social do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estácio de Sá - UNESA. Membro do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental e Propriedade Intelectual GEDAPI. E-mail: anacristinaw@yahoo.com.br

biocentric perception of relations on Planet Earth, primarily with Brazilian authors, noting: (I) present considerations on the new constitutional theory that has been developing countries in Latin, and (II) address the right to environment in the new vision of Latin American constitutionalism; and to regard to Pacha Mama, Madre Tierra, the fundamental right to potable water and fundamental rights for other living beings. The methodology used is the literature review through reading and comparative analysis of the texts of the authors mentioned in the bibliography of this article.

Keywords: Environment. Latin America. New constitutionalism.

INTRODUÇÃO

A humanidade passou por muitas mudanças e conquistas ao longo da sua existência. O homem começou como primata, descobrindo o fogo, a roda, a agricultura. Posteriormente, a criação das cidades, as conquistas dos combustíveis fósseis, a revolução industrial, a revolução tecnológica.

Toda esta evolução só foi possível graças aos recursos obtidos da natureza. Só que a agressão ao ambiente já ultrapassou o limite tolerável, o Planeta Terra está com a sua paisagem cinza, perdeu a palheta de cores que pintavam esta linda e perfeita obra de Deus.

Como afirma Milaré²: “(...) a agressão aos bens da natureza, está pondo em risco o destino do homem, é um dos tremendos males que estão gerando o ‘pânico universal’ que assombra a sociedade (...)”.

Esta preocupação assombra não só o brasileiro, mas o mundo todo. Por tal razão, foi realizada a Conferência da ONU sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20. A Conferência teve como objetivos discutir as seguintes indagações³: 1) como desenvolver uma economia verde de forma a alcançarmos um desenvolvimento sustentável e tirar as pessoas da pobreza? e; 2) como ampliar a coordenação internacional para o desenvolvimento sustentável?

²MILARÉ, Édis. Direito ao ambiente. Doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 36.

³Logo quando instaurada, a Conferência teve como objetivos discutir uma gama infindável de questões. Contudo, isso não seria possível no exíguo tempo delimitado para o exercício das discussões. Então, as principais questões discutidas foram indicadas no corpo do texto, conforme a ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. RIO + 20. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <<http://www.ofuturoquenosqueremos.org.br/about.php>>. Acesso em: 23 jun 2012.

Assim, a grande questão é como conciliar o direito ao meio ambiente equilibrado com o desenvolvimento tecnológico e econômico do capitalismo atual.

O meio ambiente saudável é um direito fundamental de todos os seres vivos e sem ele estes seres não tem como viver, ou seja, serve como pano de fundo para todos os outros direitos fundamentais. Na mesma linha de pensamento, afirma Flores⁴: “Pensar em soluções sobre o Meio Ambiente sustentável é pensar na vida e no próximo, de modo que os direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988 possam, de fato, ser efetivados (...)”.

Neste contexto, este artigo, pretende demonstrar a fundamentalidade do direito ao meio ambiente equilibrado no Brasil, fazendo um paralelo com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano, especialmente da Bolívia e do Equador. Inicialmente, apresenta-se uma abordagem multidisciplinar sobre o surgimento do direito ambiental e sua evolução do antropocentrismo até a percepção biocêntrica das relações no Planeta Terra. Em seguida, foram trabalhadas as breves considerações sobre a nova teoria constitucional que vem se desenvolvendo na América Latina, e, por fim, abordar-se-á o direito ao meio ambiente na nova visão do constitucionalismo latino-americano.

1. O Meio Ambiente como Direito Fundamental

O meio ambiente sempre foi utilizado pela humanidade como instrumento de recursos inesgotáveis para atender suas necessidades e anseios. Desde o surgimento do homem, aproximadamente 180.000⁵ anos atrás, a espécie humana foi capaz de causar alterações radicais nas condições naturais da Terra e influenciar todos os ecossistemas existentes.

Ao longo da história, ocorreu uma grande evolução. A conquista da agricultura, invenção da roda, exploração dos combustíveis fósseis, a Revolução Industrial, reprografia, viagem à Lua, telefonia celular, internet etc. No entanto, tanta evolução tecnológica acabou prejudicando e deixando de lado um dos bens mais importantes da humanidade: a natureza.

A percepção da degradação do planeta foi se evidenciando aos poucos. Em 1962, não muito tempo atrás, Rachel Carson, publicou o livro Primavera Silenciosa⁶ que acendeu a

⁴FLORES, Nilton Cesar. Inovação Tecnológica e Desenvolvimento Sustentável. In: FLORES, Nilton Cesar (org.). A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces. Campinas: Millennium, 2012, p. 271-272.

⁵NOGUEIRA, Salvador. De onde viemos? Superinteressante. São Paulo: Editora Abril, n. 245, nov. 2007. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/onde-viemos-447266.shtml>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

⁶PRIMAVERA Silenciosa. Portal São Francisco. Disponível em: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/agrotoxicos/agrotoxicos-primavera-silenciosa.php>>. Acesso em: 15 jul. 2012.

luz vermelha para as autoridades americanas, anunciando os prejuízos causados aos seres vivos e seus ecossistemas, pelo uso indiscriminado de agrotóxicos. A repercussão do livro foi tão grande que o governo americano banuiu o uso de inseticida DDT, considerado o mais poderoso pesticida.

Já em março de 1972, o Clube de Roma⁷, após um estudo realizado, publicou o relatório “Limites do Crescimento”, em que fez uma previsão do esgotamento dos recursos naturais devido ao crescimento populacional.

Tendo em vista o degradante cenário mundial e os estudos que estavam sendo feitos acima mencionados, a ONU propôs a Conferência sobre o Ambiente Humano, em 1972, em Estocolmo. Pela primeira vez, o mundo tinha parado e voltado às discussões sobre a preservação ambiental e as irracionalidades de produção e consumo dos países desenvolvidos.

O Brasil foi um dos líderes dos países em desenvolvimento quanto aos argumentos de: controle populacional e redução do crescimento econômico, discutidos na Conferência - como os grandes entraves da preservação do meio ambiente. Isso se deu pelo fato que o país vivia um momento de pujança, e muitas construções e tecnologias vinham sendo aperfeiçoadas. O desenvolvimento era pregado a qualquer custo, como afirmou o Ministro Costa Cavalcanti⁸ à época.

Como resultado da reunião em 1972, foi apresentado um manifesto com alguns princípios (Manifesto Ambiental⁹) em que ficou estabelecida uma base para uma nova agenda ambiental a ser aplicada pela ONU e seus países membros. Após este evento, vários Estados europeus incluíram em suas constituições a proteção ao meio ambiente.

No Brasil, mesmo após a Conferência da ONU em 1972, a atenção dada ao direito ambiental não passava de retórica e pouca efetiva. Várias normas infraconstitucionais foram promulgadas, mas não alcançavam o objetivo de preservar o ambiente natural.

Assim, somente em 1988¹⁰, na tentativa de melhorar a realidade brasileira, e, refletindo a preocupação mundial, a Constituição Federal de 1988 foi pintada de verde ao destacar um capítulo exclusivo para o assunto.

⁷O Clube de Roma é um grupo de pessoas ilustres que se reúnem para debater assuntos relacionados a política, economia internacional, o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável. Foi fundado em 1968. Disponível em: <<http://www.clubofrome.org/>>. Acesso em: 14 jul. 2012.

⁸Nas palavras do ministro: “Desenvolver primeiro e pagar os custos da poluição mais tarde”. In: REGO, Tarcília. Hoje é dia do IBAMA. Jornal O Estado. 22 fev 2011. Disponível em: <http://www.oestadoce.com.br/?acao=noticias&subacao=ler_noticia&cadernoID=18¬iciaID=42466>. Acesso em: 16 jul. 2012.

⁹Conferência sobre Ambiente Humano. Estocolmo. Manifesto Ambiental. ONU: 1972. Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

¹⁰BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17 jun. 2012. Capítulo VI: Do meio ambiente: art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Com a constitucionalização do direito ao meio ambiente, aponta Benjamin¹¹ que a classificação como direito fundamental ocorre: 1) pela estrutura normativa do artigo; 2) pela força do § 2º, do art. 5º da CF e; 3) pela extensão material do direito à vida.

A fundamentalidade do direito justifica-se, primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional (“Todos têm direito...”); segundo, na medida em que o rol do artigo 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu parágrafo 2º, não é exaustivo (direitos fundamentais há - e muitos - que não estão contidos no art. 5º); terceiro, porquanto, sendo uma extensão material (pois salvaguarda suas bases ecológicas vitais) do direito à vida, garantido no art. 5º, *caput*, reflexamente recebe deste as bênçãos e aconchego, como adverte a boa lição de Nicolao Dino, segundo a qual “o direito ao meio ambiente caracteriza-se como corolário do direito à vida”.

O capítulo constitucional do meio ambiente é tido pela doutrina como um dos mais avançados e modernos¹², comparando constituições de outros países mundo a fora. Isso se explica pelo fato de que o artigo reproduz a necessidade de assegurar a vida, o bem mais fundamental da humanidade, por meio de uma natureza equilibrada. Nas palavras de Milaré *apud* Silva¹³:

A Constituição (...). Toma consciência de que a qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. (...) As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações, como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada.

(...) a proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento de outro valor fundamental - o direito à vida - (...).

¹¹BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122-123.

¹²MILARÉ, Édis. Direito ao ambiente: doutrina - prática - jurisprudência - glossário. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 212.

¹³MILARÉ, Édis *apud* SILVA, José Afonso da. Fundamentos Constitucionais da proteção do meio ambiente. Belo Horizonte: Fórum Editora, n. 19, ano 5, mai. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/BID/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=50963>>. Acesso em: 1º de mar. de 2010.

Dessa forma, a preocupação com a vida mostra que a preservação do meio ambiente, é fundamental para a garantia de todos os outros direitos fundamentais do homem, pois sem vida não há que se falar em propriedade, habitação, educação, moradia, liberdade etc. de hoje e das futuras gerações. Complementa Silva¹⁴:

A vida humana, que é o objeto de assegurado no art. 5º, ^{caput}, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). (...) Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, o meio ambiente equilibrado, se não erigisse a vida humana, num desses direitos. (...)

Em conclusão, a proteção ao meio ambiente traduz o modo de proteção à vida, à qualidade de vida, à sobrevivência da espécie humana, que é destinatária dos direitos de 3ª geração.

A importância da vida em um ambiente ecologicamente equilibrado tem levado o direito ambiental a se deparar com um novo paradigma, a ecologia profunda. Esta teoria parte de uma visão de mundo onde tudo está integrado, seres vivos humanos e não-humanos, ecossistemas e os fenômenos que dele fazem parte. Ainda, afirma Silva (já aludido acima) que o homem não pode querer dominar o meio ambiente, mas deve respeitá-lo¹⁵.

Na realidade há uma quebra de paradigma, passando de uma visão antropocêntrica para uma visão biocêntrica. Sobre o assunto, afirma Capra¹⁶:

A ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de “uso”, à natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os

¹⁴SILVA, José Afonso da. Op. cit, s/p.

¹⁵Idem.

¹⁶CAPRA, Fritjof. A teia da vida - Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996, p. 17. Disponível em: <<http://www.4shared.com/>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida. (...) ecologia profunda é percepção espiritual ou religiosa.

Assim, entende-se que este novo século que se inicia tende a ser o período fundamental para esta nova mudança de paradigma, que consolida uma nova ética valorativa, segundo a qual todos os seres vivos têm sua importância, não levando em conta qual sua espécie. Essa nova visão é condição essencial de sobrevivência da vida, pois diante dos problemas ambientais hoje enfrentados, não se visualiza outra saída senão criar uma nova forma de relação entre ser humano e natureza, com base no respeito mútuo e na certeza de que fazendo parte da natureza e dela cuidando cuida-se dos homens e, dela preservando, preserva-se a humanidade,

Esta mudança da ecologia rasa para ecologia profunda já pode ser encontrada na Carta Constitucional do Equador, promulgada em 2008. Na Constituição da Bolívia de 2009, alude-se ao direito dos seres vivos humanos e não-humanos, ou seja, uma visão um pouco menos antropocêntrica.

2. Breve análise do constitucionalismo Latino-americano: Visão Geral

A América Latina, especialmente a Colômbia, Venezuela, Equador e Bolívia vem chamando a atenção dos estudiosos de direito constitucional. Isso está ocorrendo, pelo fato de que estes países buscam romper a tradição constitucional europeia na tentativa de formar a sua própria teoria, baseada nos interesses e culturas dos povos locais.

Os países andinos foram colônias espanholas, e, mesmo após a independência oficial a influência europeia permeava a realidade local. A elite detentora do poder constituinte buscava modelos de cartas constitucionais desenvolvidos para países que já haviam alcançado o desenvolvimento, tanto social, intelectual, jurídico, como econômico. Assim a grande massa da população não tinha seus direitos fundamentais garantidos. Neste sentido afirmam Wolkmer e Fagundes¹⁷:

Assim, as novas constituições surgidas no âmbito da América Latina são do ponto de vista da filosofia jurídica, uma quebra ou ruptura com a antiga matriz eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para o continente, voltando-se, agora, para refundação das instituições, a transformação das ideias e dos instrumentos jurídicos em favor dos

¹⁷WOLKMAER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. In: Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p.377-378, jul/dez 2011. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2012.

interesses e das culturas encobertas e violentamente apagadas da sua própria história; quiçá, observa-se um processo de descolonização do poder e da justiça.

A falta de igualdade de direitos causou muita revolta da população, pois as riquezas concentravam-se nas mãos de poucos, tinha muita corrupção no poder do Estado, o povo marginalizado e violentado em sua dignidade. Isso resultou em movimentos cívicos para mudança de cenário, tendo em vista a falta de identificação entre os cidadãos e as constituições que estavam vigentes.

Este novo movimento constitucional iniciou, de forma superficial com a constituição da Colômbia, (1991), seguido pela Venezuela (1999); Equador (2008) e Bolívia (2009). Sendo que, as duas últimas, são as mais avançadas em relação aos direitos fundamentais amparados em seu texto.

O povo local, como afirmam Dalmau e Pastor¹⁸, é tido como pai destas novas constituições: *“Nadie, salvo el pueblo, puede sentirse progenitor de La Constitución, por la genuína dinámica participativa y legitimadora que acompaña a los procesos constituyentes.”*

Vê-se que, os cidadãos são os grandes articuladores para a promulgação das constituições, e através deles são formados os poderes constituintes, a criação, promulgação e aprovação dos textos constitucionais. Ocorre um resgate da democracia participativa.

Fica clara, a busca do povo pela soberania popular, que estava nas mãos de uma pequena elite, e, *lo cierto es que los procesos latinoamericanos han permitido nuevamente que la teoría y la práctica constitucional (...) converjan después de um largo período de profundas divergências*¹⁹.

São elementos importantes que estão previstos nas novas constituições: amplos sistemas de direitos e garantias fundamentais; direitos sociais; referendo para alteração de leis e constituição; iniciativa popular para leis e emendas à constituição; revocatória de mandato, como parlamentares e juízes; tribunais constitucionais com juízes eleitos por períodos determinados; poderes de controle formados pelo povo.

Um dos grandes destaques que é dado nestas cartas é o respeito ao multiculturalismo. Os povos indígenas são considerados por suas próprias e originárias características. Tanto é verdade, que eles possuem autonomia de gestão e seus dialetos são incluídos como línguas oficiais dos países.

Outro fator relevante é o fato de que estes países preveem a busca da integração com

¹⁸DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latinoamericanos y El nuevo paradigma constitucional. In: Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, n. 25, 2010, p.13.

¹⁹DALMAU, op. cit, p. 14.

os outros Estados latino-americanos, que ultrapasse as relações econômicas, “*demonstram o ímpeto, o comprometimento no sentido de incrementar a formação do que pode ser chamado de Direito Constitucional Comum Latino-Americano*”²⁰.

Em linhas gerais, os pontos mais importantes aos quais se pode afirmar que surge um novo constitucionalismo, nas palavras de Dalmau²¹:

Trata-se, recolhendo a evolução do constitucionalismo desde a sua aparição, no século 18, e em particular os avanços no constitucionalismo europeu depois da Segunda Guerra Mundial, de avançar em âmbitos nos quais o constitucionalismo europeu ficou paralisado: a democracia participativa, a vigência dos direitos sociais e dos demais direitos, a busca de um novo papel da sociedade no Estado e a integração das minorias até agora marginalizadas. Estamos diante de Constituições que, por um lado, são originais e próprias de cada país, na medida em que tentam solucionar os problemas de cada uma das sociedades onde serão implantadas. Mas, por outro lado, estamos diante de denominadores comuns óbvios, principalmente no campo da participação, da economia e de uma vigência efetiva dos direitos para todos. (grifou-se)

Assim, percebe-se que um dos principais pontos desta nova teoria sul americana é o resgate dos direitos fundamentais dos povos locais, baseados na dignidade originária de suas culturas e peculiaridades. É o respeito a *Madre Tierra, la Pacha Mama, el Buen Vivir*. Houve uma ruptura de anos de imperialismo jurídico/social da Europa e Estados Unidos.

Estes países ainda vivem dias de muitos problemas tanto políticos, sociais, econômicos e jurídicos. E por isso, esta nova teoria recebe muitas críticas. Mas, na medida em que estes novos direitos forem aplicados, deverão ser adaptados à realidade de seu povo. Uma transição neste porte não se faz de forma tão repentina, e, sim de maneira lenta e gradativa, é uma conquista diária.

Após um panorama geral sobre os principais pontos do movimento constitucional Latino-Americano, examinar-se-á a relevante atenção dada nas Constituições do Equador e da Bolívia, ao direito do ambiente, mais especificamente ao direito da natureza como um todo.

²⁰OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latino-americano. In: Desafios da Constituição: democracia e Estado no sec. XXI. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2011. p. 22. Disponível em: <<http://pesquisaconstitucional.wordpress.com/2010/04/10/desafios-da-constituicao-democracia-e-estado-no-seculo-xxi/>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

²¹VIEIRA, José Ribas. Refundar o Estado: O novo Constitucionalismo Latino-Americano. UFRJ, Monitoria de Direito do Estado. Março 2009. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/24243799/UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

3. O Direito ao Meio Ambiente e o novo constitucionalismo latino-americano: Análise da Bolívia e do Equador

O constitucionalismo sul americano, especialmente Equador e Bolívia, estão mudando a visão do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Passaram da percepção antropocêntrica, de que a natureza tem que servir ao homem satisfazendo seus anseios e vontades, e resgataram os princípios dos seus antepassados, respeitando todos os ecossistemas existentes no Planeta.

A garantia dos direitos que envolvem a natureza é uma forma de identificação dos povos e suas culturas com a Constituição. Assim, a soberania popular deixou de ser exercida pela elite dominante e passou a ser exercida pela grande massa, reconhecendo as culturas locais.

Essa é uma nova forma de enxergar a relação entre o homem e a natureza. É uma visão holística, a qual concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas, a chamada ecologia profunda.

Nesse sentido afirma Oliveira²²:

O texto da Constituição do Equador, de 2008, trouxe previsão vanguardista, inédita no constitucionalismo mundial, na linha do reconhecimento da natureza como titular de direitos, bandeira da Ecologia Profunda. Deita o art. 10: *“La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”* O art. 71 dispõe: *“La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. (grifos no original)*

A constituição da Bolívia (2009) faz referência às garantias dos seres vivos humanos ou não. Vejamos²³:

(...) art. 33 da Constituição boliviana, de 2009: *“Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones,*

²²OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Direitos humanos e direitos não-humanos, p. 20. O artigo é parte integrante da obra do autor, no prelo. Recebido por e-mail em 9 mai. 2012.

además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente. (grifo no original)

Ainda na Bolívia, além da Constituição, em 2010, foi publicada a Ley Madre Tierra, que adotou fortemente a teoria da Ecologia profunda. Os objetivos da lei são²⁴:

Artículo 1. (OBJETO). La presente Ley tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de estos derechos.

Observe-se a definição de *Madre Tierra* e os sistemas de vida na lei:

Artículo 3. (MADRE TIERRA). La Madre Tierra es el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común.

La Madre Tierra es considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos

Artículo 4. (SISTEMAS DE VIDA). Son comunidades complejas y dinámicas de plantas, animales, micro organismos y otros seres y su entorno, donde interactúan comunidades humanas y el resto de la naturaleza como una unidad funcional, bajo la influencia de factores climáticos, fisiográficos y geológicos, así como de las prácticas productivas, y la diversidad cultural de las bolivianas y los bolivianos, y las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas.

Analisando os artigos acima citados, teoricamente, pode-se afirmar que a vida humana necessita caminhar no sentido contrário da evolução tecnológica e consumista deste capitalismo selvagem. Todas as conquistas do homem estão destruindo o meio ambiente e é latente o estágio dos latinos americanos destes países terem que viver o mais próximo e harmonioso com a natureza, para podermos sobreviver.

²³CAPRA, 1996. p. 17.

²⁴ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Ley de Derechos de la Madre Tierra. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/44900268/Ley-de-Derechos-de-la-Madre-Tierra-Estado-Plurinacional-de-Bolivia>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

O Brasil tem uma legislação moderna, mas as interpretações que são feitas de seus artigos, relacionados ao meio ambiente ainda tem forte influência antropocêntrica, diferentemente daquilo que está ocorrendo nos países vizinhos. Afinal, “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, (...)”. Mas, todos quem? Ainda partimos da visão da dignidade humana. E a natureza?

A visão ética aplicada às questões do meio ambiente adotada nestes países pode ser vista como uma grande evolução no mundo ou como um retorno das conquistas humanas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem ao longo de toda sua existência degradou o meio ambiente. Mas, há 40 anos, aproximadamente, a humanidade acordou para o desastre que estava causando a civilização moderna, particularmente com a redução do canto dos passarinhos, a dificuldade de observar as estrelas, a redução dos peixes necessários à alimentação da população, o aparecimento de doenças incuráveis, a maior incidência de maremotos e furacões, etc. Todos devem despertar da utópica visão de um mundo perfeito e entender que os recursos naturais não acompanham as necessidades humanas de produção e consumo. O homem precisa saber utilizar dos recursos naturais com sustentabilidade para garantir a existência de algum mundo às próximas gerações.

Ao longo desses anos, muitos foram os estudiosos e ativistas que tentaram sozinhos mudar o rumo do nosso planeta, mas não conseguiram resolver o problema de conciliar o desenvolvimento e o meio ambiente.

Em Estocolmo (1972), aconteceu a primeira grande conferência mundial sobre o meio ambiente e de lá para cá, foram surgindo novos acordos, reuniões, tratados, leis para tentar solucionar o problema. Porém, há muita retórica e pouca efetividade, mesmo depois de todos os alertas.

A partir da interpretação sistemática entre os dispositivos constitucionais e infra-constitucionais do direito ao meio ambiente, na qualidade de Direitos Humanos de 3º dimensão, que é essencial para uma vida com qualidade, nota-se que se faz mister a autoaplicabilidade dessas normas para se manter o equilíbrio social. Resta-se comprovado que não há como avançar nas demais discussões envolvendo os demais Direitos Humanos de 3ª e 4ª dimensões, sem antes tratar da efetividade do direito ao meio ambiente.

A relevância do direito à vida em um ambiente em equilíbrio é tão grande, que este novo paradigma biocêntrico da ecologia profunda, tem feito muitos repensarem qual re-

almente será a melhor forma de preservar o meio ambiente.

Tal afirmativa é tão atual e verdadeira, que os países latino-americanos deram muita atenção à natureza em suas previsões constitucionais. A natureza “*o Pacha Mama*”, os seres vivos e não vivos são hoje vistos como sujeitos de direitos fundamentais, para garantir a dignidade de cada um.

Faz-se necessário uma mudança de paradigmas e de comportamento responsável social para garantir uma vida em harmonia para todos os que habitam esta grande nave-mãe: o Planeta Terra.

Da discussão ora apresentada, o único ponto positivo é que as novas gerações estão vivenciando um contexto de ricos debates sobre a sustentabilidade e o desenvolvimento responsável e consciente em preservar a natureza, o que é fundamental para a vida de todos no Planeta Terra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77-150.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 17 jun. 2012.

CAPRA, Fritjof. A teia da vida - Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução: Newton Roberval Eicheberg. São Paulo: Cultrix, 1996. Disponível em: <<http://www.4shared.com/>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

Conferência sobre Ambiente Humano. Estocolmo. Manifesto Ambiental. ONU: 1972. Disponível em: <<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

DALMAU Rubén Martinez. Asembleas constituintes e o novo constitucionalismo em América Latina. In: Tempo Exterior - Revista de análise e estudos internacionais, n. 25, dez/2008, p. 5-15. Disponível em: <http://www.igadi.org/te/t_tempo_exterior17se.htm>. Acesso em: 28 jun. 2012.

_____; PASTOR, Roberto Viciano. Los procesos constituyentes latinoamericanos y El

nuevo paradigma constitucional. In: Revista Del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla, n. 25, 2010, p. 7-29.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Ley de Derechos de la Madre Tierra. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/44900268/Ley-de-Derechos-de-la-Madre-Tierra-Estado-Plurinacional-de-Bolivia>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

FLORES, Nilton Cesar. Inovação Tecnológica e Desenvolvimento Sustentável. In: FLORES, Nilton Cesar (org.). A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces. Campinas: Millennium, 2012, p. 271-283.

MILARÉ, Édis. Direito ao ambiente. Doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000, p. 36.

NOGUEIRA, Salvador. De onde viemos? Superinteressante. São Paulo: Editora Abril, n. 245, nov. 2007. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/onde-viemos-447266.shtml>> Acesso em: 15 jun. 2012.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; GOMES, Camila Beatriz Sardo. O novo constitucionalismo latino-americano. In: Desafios da Constituição: democracia e Estado no sec. XXI. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2011. Disponível em: <<http://pesquisaconstitucional.wordpress.com/2010/04/10/desafios-da-constituicao-democracia-e-estado-no-seculo-xxi/>> Acesso em: 26 abr. 2012.

_____. Direitos humanos e direitos não-humanos. O artigo é parte integrante da obra do autor, no prelo. Recebido por e-mail em 9 mai. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. RIO + 20. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <<http://www.ofuturoquenosqueremos.org.br/about.php>>. Acesso em: 23 jun 2012.

PRIMAVERA Silenciosa. Portal São Francisco. Disponível em: <<http://www.portalsaofrancisco.com.br/alfa/agrotoxicos/agrotoxicos-primavera-silenciosa.php>> Acesso em: 15 jul. 2012.

REGO, Tarcilia. Hoje é dia do IBAMA. Jornal O Estado. 22 fev 2011. Disponível em:

<http://www.oestadoce.com.br/?acao=noticias&subacao=ler_noticia&cadernoID=18¬icialID=42466>. Acesso em: 16 jul. 2012.

SILVA, José Afonso da. Fundamentos Constitucionais da proteção do meio ambiente. Belo Horizonte: Forum Editora, n. 19, ano 5, mai. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/BID/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=50963>>. Acesso em: 19 mar. 2012.

_____. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994.

VIEIRA, José Ribas. Refundar o Estado: O novo Constitucionalismo Latino-Americano. UFRJ, Monitoria de Direito do Estado. Março 2009. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/24243799/UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

WOLKMAER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. In: Revista Pensar, Fortaleza, V. 16, n. 2, p.371-408, jul/dez 2011. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2012.

Artigo recebido em: 11.08.2013

Revisado em: 01.09.2013

Aprovado em: 10.10.2013

CLASSIFICAÇÃO DO BERTOLDI NOS ACORDOS DE ACIONISTAS EM SOCIEDADE ANÔNIMA DE CAPITAL ABERTO - Estudo de caso do Grupo Pão de Açúcar

BERTOLDI CLASSIFICATION APPLICATION IN SHAREHOLDERS AGREEMENTS IN CORPORATION - Case Study Pão de Açúcar Holding

Pedro Rodrigues¹

Bacharel em Direito

Escola de Direito do Rio de Janeiro (FGV) - Rio de Janeiro (RJ) - Brasil

RESUMO: O objetivo geral do presente trabalho é o de analisar o acordo de Acionistas entre o Grupo Pão de Açúcar e o grupo francês Cassino pelo controle do Carrefour utilizando as classificações desenvolvidas pelo jurista Marcelo Bertoldi. O caso tornou-se público provocando este trabalho. O acordo de acionistas de uma forma geral possui importância nas relações sociais modernas, sendo um instrumento utilizado para disciplinar os interesses sociais dos acionistas signatários do acordo e com a própria companhia. Nesse sentido, o acordo de acionistas pode ser considerado como documento diferente do estatuto social registrado na sede da empresa, distinto dos outros documentos societários. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica com literatura nacional contraposta a análise legislativa e do próprio acordo de acionista na íntegra.

Palavras-chave: Acordo de Acionistas. Capital Aberto. Poder de controle.

Abstract: The overall goal of this work is to analyze the agreement between the shareholders Grupo Pão de Açúcar and French group Casino for control of Carrefour using the classifications developed by the jurist Marcelo Bertoldi. The case became public causing the screen work. The shareholders' agreement in general has importance in modern social relations, being an instrument used to discipline

¹Advogado especialista em Direito Empresarial na Cidade do Rio de Janeiro. E-mail: pedrorodrigues13@gmail.com.

the social interests of shareholders and signatories to the agreement with the company itself. Accordingly, the shareholders' agreement can be considered as a document other than bylaws registered at company headquarters, separate from other corporate documents. The methodology used is the literature review national literature opposed the legislative analysis and own shareholder agreement in its entirety.

Keywords: Shareholders Agreement. Traded. Power control.

INTRODUÇÃO

As sociedades se desenvolveram e visualiza-se na atualidade a pulverização da titularidade do capital. A necessidade da dispersão das ações de emissão de uma empresa traz, junto com os novos investidores/acionistas, uma gama de interesses que, apesar de serem convergentes em alguns aspectos como os que se referem à constituição, à participação e ao objeto da sociedade, podem ser diferentes ou quanto às questões que se referem às decisões para o engrandecimento social.

Sendo assim, as companhias abertas pela própria vocação de serem grandes empreendimentos sujeitam-se à dispersão acionária. Essa característica influencia nas assembleias porque os interesses individuais dos acionistas, com os quais não podem conflitar, devem ser disciplinados adequadamente de forma a se evitar e regular conflitos que possam diminuir os ganhos sociais e prejudicar aos demais acionistas ou a própria sociedade.

O acordo de acionistas, pela importância que possui nas relações sociais modernas, é um instrumento utilizado para disciplinar os interesses sociais e, por isso, merece ser estudado. Este pacto de interesse pode ser considerado como um contrato social registrado na sede da empresa, distinto de todos os outros societários de uma companhia com capital aberto, como estatuto social e as atas das assembleias gerais, do conselho de administração ou do conselho fiscal. Seu regramento jurídico é o da legislação que regula as companhias abertas brasileiras, podendo subsidiariamente ser aplicado à disciplina dos contratos civis.

O primeiro capítulo abordou-se os aspectos gerais desse pacto e sua natureza jurídica. No segundo capítulo decidiu-se organizar a classificação do acordo de

acionista apresentado como correlação o estudo do acordo de acionista do Grupo Pão de Açúcar, com todos os seus por menores. O terceiro capítulo estabelece qual a execução do acordo, em caso de inadimplência.

Metodologicamente, aplicou-se a revisão bibliográfica neste trabalho. O artigo pretende interpretar o acordo de Acionista do Grupo Pão de Açúcar por meio da classificação de Bertoldi e torna-se necessário aplicar as teorias citadas e estudadas na obra de Bertoldi no estudo de caso - método aplicado. Por isso, considera-se o livro de Bertoldi, intitulado: *Acordo de Acionistas*; publicada pela editora Revista dos Tribunais, em 2006, como o marco teórico deste artigo. Ressalva-se, também, que são utilizados os exemplos do autor acima aludido, no corpo do texto, para auxiliar o entendimento da matéria ao leitor.

1. Características Gerais dos Acordos de Acionistas

1.1 Aspectos Gerais

Mesmo havendo previsão legal específica a respeito do assunto, várias foram as controvérsias quanto a sua possibilidade. A doutrina encontrava grandes dificuldades em aceitar o acordo de acionistas como forma de transação que servisse para compromissar os acionistas, sendo eles investidores e havendo a possibilidade para que do dinheiro do investimento realizado fosse aplicado em qualquer companhia aberta. Isso porque, muito embora não houvesse qualquer preceito normativo a seu respeito, o acordo de acionistas já era utilizado com menor intensidade, na medida em que tanto a doutrina quanto a jurisprudência perceberam o acordo de acionistas com cautela, especialmente quando se tratasse da convenção relacionada com o direito de voto de seus signatários.

As chamadas convenções de voto eram por muitos repudiadas, sob a alegação de que tais instrumentos acabavam por subtrair a natureza primordial da assembleia geral, que era justamente a de discutir e deliberar livremente os assuntos da ordem do dia, e, com base nas discussões e esclarecimentos dados aos sócios, é que eles poderiam votar em conformidade aos interesses sociais; caso contrário, ou seja, se acaso o voto fosse registrado contratualmente em tempo anterior à assembleia sem os fatos apresentado na época, estar-se-ia subvertendo a própria razão de ser daquele órgão da companhia.

Na época, dois os argumentos eram utilizados para afastar a licitude do acordo²: (I) o caráter personalíssimo do direito de votar do acionista, que não poderia

ser cedido, nem mesmo temporariamente, sem a correspondente participação social; e (II) à assembleia geral como um lugar não somente onde deveria ser manifestada mas também formada a vontade social³.

Em outras palavras, os acionistas colocam-se na mesma posição de um nu proprietário, na concepção do atual Código Civil Brasileiro, na medida em que, muito embora as ações continuem a pertencer-lhes, o exercício do direito de voto e da titularidade das ações sejam transmitidos fiduciariamente ao *trustee*⁵ (gestor do trust), que será um grupo reconhecido por estar vinculado juridicamente pelo compromisso contratual denominado - acordo de acionista perante a companhia⁵.

No direito brasileiro, o acordo de acionistas somente ganhou disciplinamento legal com a edição da atual lei societária (art. 118 da Lei 6.404/1976), cria regras próprias para o instituto.

Muito embora amplamente utilizado na atualidade e reconhecidamente válido, ainda atualmente verificamos posicionamentos doutrinários isolados que repudiam o acordo de voto. Osmar Brina Corrêa Lima, visando os mecanismos de proteção do acionista minoritário, assevera que:

no que diz respeito ao acionista minoritário (não controlador), entende-se que a ameaça maior do acordo de acionistas sobre o exercício do direito de voto.

³BERTOLDI, Marcelo. Acordo de Acionistas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006, p.17.

⁴Na lição de BERTOLDI, 2006, p.18: “A segunda afirmação, segundo a qual a vontade social deve se formar no debate em assembleia geral de sócios, sem que possam definir previamente seus votos, no plano do direito, com a total legalidade do mandato outorgado ao representante do acionista para representá-lo perante assembleia e exercer, em seu nome, o direito de voto da maneira delineada previamente pelo outorgante.”

⁵Na lição de BERTOLDI, 2006, p.22. que explica o seguinte: “Nos Estados Unidos, com algumas pequenas exceções, as companhias são organizadas pelas leis estaduais e não pela lei federal, razão pela qual os conceitos fundamentais que regem os acordos de acionistas também são criaturas das leis estaduais.” (...) “Dois institutos merecem destaque: votingtrust e pooling agreement. O votingtrust é uma formula regulada pelo direito anglo-saxão que consiste na transação das ações ao determinado trustee, para que esse exerce dentro da companhia o voto que emana da propriedade das ações a ele transmitidas. Nesse caso, os acionistas colocam-se na mesma posição do nuproprietario, na medida em que, muito embora as ações continuem a pertencer-lhes, o exercício do direito de voto e da titularidade das ações sejam transmitidos fiduciariamente ao trustee (gestor do trust), que será a única pessoa reconhecida como acionista perante a companhia. A partir da instituição do votingtrust, ocorre como um desdobramento da propriedade da ação, ficando a propriedade legal reconhecida ao trustee, mas mantendo os acionistas os direitos econômicos inerentes às ações, como é o caso de recebimento de dividendos. Extinto o votingtrust, seja pelo decurso do tempo ou qualquer outra razão, a titularidade das ações voltam ao seu estado original”

⁶Na lição de BERTOLDI, p. 23, que comparando o instituto da Lei nº 6404/1976, afirma que: A figura do pooling agreement ou voting agreement é a que mais se aproxima do acordo de acionistas, tal como o conhecemos no direito brasileiro. Trata-se de acordo, geralmente secreto, no qual os acionistas não se desfazem da titularidade de suas ações, mas reúnem-se em torno de um mesmo objetivo a ser alcançado por meio da utilização do direito de voto em assembleia, de forma coordenada e previamente estabelecida. Ao contrário do votingtrust, o voting agreement tem como característica o fato de que os acionistas a ele vinculados continuam a ser acionistas da companhia, deixando de existir a figura de um intermediário como o trustee. Em verdade, o voting agreement não conta com o instrumento de eficácia de que o votingtrust é dotado, pois o voto em assembleia deve ser realizado pelo próprio acionista, e não por um terceiro que represente os interesses do trust.

Nesse sentido, tais acordos podem ter por objetivo proteger os minoritários (não controladores), nesse caso sendo chamados acordos de defesa, permitindo-lhes organizar a sua posição, seja para opor-se aos controladores, seja, apenas, para fiscalizar eficazmente a legalidade dos atos por eles praticados, não deixam eles de apresentar uma série de inconvenientes.

E segue arrematando que:

parece de elementar bom senso que a deliberação de qualquer matéria de interesse social deva ser procedida de debate democrático dos temas constantes da ordem do dia ou, pelo menos, de informação adequada, sendo voto uma decisão. E decisão sem informação não parece bom padrão de diligência. Além disso, a Lei 6.404/76 erige em dever do acionista em exercer o direito de voto no interesse da companhia (art. 115). E não nos parece ser um tipo de voto no interesse da companhia aquele dado obrigatoriamente em função de um acordo prévio, antes de o interesse ser suficientemente explicitado. O fórum de debates dos assuntos de interesse social é a assembleia geral. Tanto esse debate dos assuntos de interesse social é importante que a lei valorizou, ao dispor no parágrafo único do art. 125 da Lei 6.404/76 que ‘os acionistas sem direito de voto podem comparecer à assembleia geral e discutir a matéria submetida à deliberação’. Ora, consagrar o instituto do acordo de acionistas sobre o direito de voto implica deslocar esse fórum de debates para fora da assembleia geral, institucionalizando a realidade fática da farsa das assembleias gerais. A contradição nos parece clara e solar⁶.

Posição oposta extrai-se, da exposição de motivos do anteprojeto da Lei 6.404/76, a seguinte passagem a respeito do instituto:

O art. 118 regula o acordo de acionistas - modalidade contratual de prática intensa em todas as latitudes, mas que os códigos temiam em ignorar. Ocorre que essa figura jurídica é de maior importância para a vida comercial, e a ausência de disciplina legal é, certamente, a causa de grande número de abusos e malefícios que se lhe atribuem. Com efeito, como alternativa da ‘holding’ (solução buscada por acionistas que pretendem o controle preconstituído, mas

⁶LIMA, Osmar Brina Corrêa Lima. O acionista minoritário do direito brasileiro, Belo Horizonte: Editora Del Rey. 3ª Edição, 2003, p. 68.

que apresenta os inconvenientes da transferência definitiva das ações para outra sociedade) e ao acordo oculto e irresponsável (de eficácia duvidosa em grande número de casos), cumpre dar disciplina própria ao acordo de acionistas que, uma vez arquivado na sede da companhia e averbado nos registros ou nos títulos ou nos títulos, é oponível a terceiros, e tem execução específica. Trazido, pois, à publicidade (§5º do art. 118 da Lei 6.404/76), esses acordos representam ponto médio entre a 'holding' e o acordo oculto, com as vantagens legítimas que ambos podem apresentar e sem os inconvenientes para a companhia ou para os sócios, que também podem acarretar⁷.

Nesse sentido, vê-se, então, que o nascimento do acordo de acionistas é o reflexo de uma prática largamente utilizada pelos acionistas de sociedades anônimas em todo mundo, prática essa que mereceu a atenção do legislador para o seu disciplinamento na própria legislação societária, com o propósito de trazer maior segurança jurídica.

Como o contrato não produz efeitos com relação a terceiros, a não ser nos casos previstos em lei, o caput do art. 118 da Lei 6.404/76 versa que os acordos de acionistas deverão ser observados pela companhia desde que arquivados em sua sede. Esta forma de estabelecer a publicidade do documento vinculante das partes, também é oponível a terceiros de referido acordo se dará no caso em que este esteja devidamente averbado nos livros de registro e nos certificados das ações, se emitidos⁸.

A averbação dos termos do acordo de acionistas nos livros societários, conforme dispõe o parágrafo 1º do art. 118 da Lei 6.404/76, como explicou-se acima, gera eficácia do acordo perante terceiros e presunção absoluta quanto ao seu conhecimento. Desta forma, se a averbação não for precedida adequadamente, isso não significa que o acordo deixa de ser válido ou de ter eficácia perante seus signatários, mas, isto sim, sinaliza sua inoponibilidade diante de terceiros de boa-fé⁹.

1.2. Conceito de acordo de acionistas

⁷Exposição de Motivos da Lei nº 6404, de 15, de dezembro de 1976. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/redir.asp?subpage=lei>>. Acesso em: 12/09/2011.

⁸BERTOLDI, 2006, p.105.

Modesto Carvalhosa¹⁰ conceitua o acordo de acionistas, sob a perspectiva do art. 118 da Lei 6.404/76, como sendo:

um contrato submetido às normas comuns de validade de todo negócio jurídico privado, concluído entre acionistas de uma mesma companhia, tendo por objetivo a regulação do exercício dos direitos referentes à suas ações, tanto no que se refere ao voto como à negociabilidade das mesmas.

Fábio Ulhoa Coelho¹¹ menciona que o acordo de acionistas é instrumento criado pelo legislador e tem como função a estabilização de posições acionárias, podendo os acionistas, ao fazerem uso do acordo de acionistas, “contratar sobre quaisquer assuntos relativos aos interesses comuns que os unem, havendo, a rigor, um único tema excluído do campo da contratação válida: a venda de voto”.

Com o disciplinamento legal por meio do art. 118 da Lei 6.404/76, é certo que a regulação geral dos contratos continua a ser utilizada, só que, de forma subsidiária à Lei 6.404/76. O legislador, com o disciplinamento do acordo de acionistas, identificou qual são as hipóteses que, se configuradas, geram efeitos jurídicos permanentes a sociedade e a terceiros.

Assim, quanto ao seu objetivo, podemos distinguir duas classes de acordos de acionistas. Aqueles acordos típicos, que têm como objeto as matérias trazidas no art. 118¹³.

Outra classe de acordo de acionistas é justamente aquela formada por acordos atípicos - que não têm como objetivo as matérias estampadas no caput do art. 118.

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira¹⁴, nesse sentido, afirmam que:

(...) a expressão ‘acordo de acionistas’ não significa um único negócio jurídico típico, que apresente sempre a mesma natureza e estrutura e as mesmas modalidades de prestação, mas uma categoria de negócios jurídicos de diferentes espécies, cuja característica comum é o fato de que uma ou mais partes

⁹Ibidem, p. 30 e 31.

¹⁰CARVALHOSA, Modesto. *Acordo de Acionistas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.9. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito*

Comercial, vol. 2. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315-316.

¹²Na lição de BERTOLDI, p. 30: “Esses acordos têm como atributo gerar para a companhia obrigação negativa consistente em não computar o voto proferido contrariamente aos termos do acordo - quando se trata de acordo de voto, ou de não proceder à transferência das ações, quando se trata de acordo de bloqueio, isso se devidamente arquivados na sede da companhia e registrados nos livros próprios”.

¹³Ibidem, p. 31.

assumem obrigações sobre o modo de exercer direitos conferidos por ações da companhia.

O acordo de acionista é um tipo particular de pacto parassocial. Pois, é caso de documento societário que mesmo revestido de publicidade é registrado na sede da empresa mesmo tendo por objeto o disciplinamento do exercício do direito de voto do acionista no órgão colegiado.

1.3. Natureza Jurídica no Acordo de Acionistas

Então, a natureza jurídica destes acordos é a de serem contratos parassociais. Estes contratos revestem-se de três características fundamentais¹⁵: (I) guardam relação de dependência com a sociedade, ou seja, somente se concebe a existência deles atrelada à própria existência da sociedade - teoria contratualista; (II) são firmados entre alguns ou todos os sócios da sociedade; e (III) são autônomos em relação à sociedade, em razão do vínculo obrigacional criado somente entre seus signatários¹⁶.

Vê-se, então, que os acordos de acionistas são, conforme salienta Modesto Carvalhosa¹⁷, convenções marginais em relação ao contrato social, dependentes da existência da pessoa jurídica a que estão vinculados, podendo ou não ter como objetivo a implementação das normas estatutárias¹⁸.

Nos termos da Teoria Geral dos Contratos, contrato acessório segue a mesma sorte que o contrato principal no que se refere a sua validade e eficácia. Diante das peculiaridades acima mencionadas, a caracterização do acordo de acionistas como um simples contrato acessório não condiz com suas características fundamentais, diante do que a tradução encontrada pela doutrina para a vinculação do acordo de acionistas em relação ao contrato social esta na construção teórica do contrato parassocial¹⁹.

Por outro lado, o acordo de acionistas unilateral tem a característica de criar obrigações tão somente para um acionista ou grupo de acionistas e aos demais

¹⁴LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José, Luiz Bulhões. Direito das Companhias, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 247.

¹⁵BERTOLDI, 2006, p.37.

¹⁶Mesmo sendo parassociais e vinculando apenas os seus signatários, os acordos de acionistas produzem efeitos no âmbito da sociedade.

¹⁷CARVALHOSA, 2011, p.39.

não poderá ser exigido o cumprimento de qualquer obrigação. Vê-se, no entanto, que existe a possibilidade de em tais acordos estipular-se encargo para o acionista ou grupo de acionistas credores. Esta circunstância não desnatura o acordo como contrato unilateral pelo simples fato da necessidade do cumprimento de incumbência para dar eficácia ao acordo. Exemplificando a questão em análise utiliza-se a questão proposta por Modesto Carvalhosa que lembra de uma situação em que os minoritários - credores - têm a incumbência de indicar aos controladores o nome da pessoa que deverá ser eleita, em assembleia geral, como administrador da companhia²⁰. Resta-se determinado que descumprindo o encargo por parte do credor, o acordo de voto terá sua eficácia suspensa até que tal ônus venha a ser cumprido.

2. Aplicação da classificação de Bertoldi no Acordo de Acionista do Grupo Pão de Açúcar (GPA)

2.1. Quanto ao número de participantes do acordo de acionista

A) Bilateral: Os acordos de acionistas que existam obrigações recíprocas entre duas pessoas físicas ou jurídicas. Exemplo que usualmente ocorre diz respeito ao acordo que, com o objetivo de estabilizar o poder de controle da companhia entre dois ou mais grupos de acionistas, determina que cada grupo deverá indicar um dos membros do conselho de administração, obrigando a todos os demais a votar naquele indicado. Qualquer dos signatários somente poderá exigir o cumprimento do acordo se tiver efetivamente votado conforme o determinado pelo acordo. Segue abaixo o exemplo do GPA, a saber:

2.1. O objetivo do presente Acordo é estabelecer os meios pelos quais o GRUPO AD, de um lado, e o CASINO, de outro, compartilharão o Controle da WILKES e, conseqüentemente, da CBD, conforme estipulado no presente Acordo, bem como no Estatuto Social da WILKES, no Acordo de Acionistas da CBD e no Estatuto Social da CBD. (grifou-se)

¹⁸Na lição de CARVALHOSA (Ibidem, p. 38), que explica: “Os acordos de acionistas e o contrato social são, portanto, negócios autônomos. Entretanto, são juridicamente relevantes um com relação ao outro, na medida em que o pacto parassocial opera-se na esfera da companhia, e esta vê refletidos, em sua existência jurídico-patrimonial, os efeitos do pactuado, individualmente, por seus acionistas.”

¹⁹BERTOLDI, op. cit., p.41.

²⁰CARVALHOSA, 2011, p.39.

B) Plurilateral: Se trata do acordo em que um grupo minoritário com diversos acionistas, de maneira a fazer prevalecer o seu interesse, contrata com aqueles acionistas detentores do bloco de controle para, em troca de votar nas pessoas indicadas por estes para a composição do conselho de administração, garantir a criação da política de distribuição de dividendos que a ele seja favorável. Como ensina Bertoldi, “nesta espécie de acordo de acionistas as prestações recíprocas espelham, via de regra, interesses contrapostos utisinguli de seus signatários”.

Tendo em vista a natureza do contrato plurilateral, as vicissitudes ocorridas com qualquer das partes que por ventura possam influenciar no adimplemento do contrato, em princípio, não terão o condão de invalidar o acordo, que deverá permanecer hígido, cumprindo os objetivos almejados pelas demais partes.

Ao instituir no direito brasileiro o acordo de acionistas, o legislador, no momento de nomeação do instituto, impõe de forma precisa quais são os seus limites subjetivos, ou seja, quem são os sujeitos legitimados para figurar naquela espécie contratual. Assim, somente há de se falar em acordo de acionistas quando tal seja firmado por pessoas que possuam a qualidade de acionista.

B.1) Acordo entre acionistas e terceiros - Cabe salientar, que além dos acionistas, existe a possibilidade de outras pessoas também participarem juntamente com aqueles no negócio jurídico, tais como terceiros, que não fazem mais parte da sociedade, como: os fundadores da companhia, os seus administradores não sócios e a própria sociedade²². Apresenta-se o exemplo do GPA aplicado ao estudo do caso, indicando os terceiros intervenientes anuentes do acordo de acionista:

E na qualidade de Intervenientes Anuentes,

VIERI PARTICIPAÇÕES S.A., sociedade anônima de capital fechado, devidamente constituída e existente de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, com sede na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Av. Brigadeiro Luis Antônio, nº 3.126, e registrada no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ/MF) sob o nº 04.746.689/0001-59 (“Vieri”);

WILKES PARTICIPAÇÕES S.A., sociedade anônima de capital fechado, devidamente constituída e existente de acordo com as leis da República Federativa

do Brasil, com sede na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Av. Brigadeiro Luis Antônio, nº 3.126, e registrada no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ/MF) nº 04.745.350/0001-38(doravante designada “WILKES”);
COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, *companhia aberta, constituída e existente de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, com sede na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil, na Avenida Brigadeiro Luiz Antônio, 3.142, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ/MF) sob o nº 47.508.411/0001-56; e*
CASINO GUICHARD PERRACHON S.A., *sociedade anônima, constituída e existente de acordo com as leis da República da França, com sede em 24, Rue de La Montat, Saint Etienne, França “Casino Richard Perrachon”. (grifou-se)*

Em posição contrária e esse entendimento, adotando interpretação restritiva ao instituto, Celso Barbi Filho repudia a referida legitimidade do terceiro que conta com a possibilidade de exercer o direito de voto mediante a utilização de ações que não lhe pertencem, utilizando como fundamentos a interpretação literal que se faz do art. 118 da Lei 6.404/76, onde consta clara a intenção do legislador em restringir a legitimidade tão somente aos acionistas²³.

Por mais que o usufrutuário ou o fiduciário detenham o direito de voto das ações, essa prerrogativa não lhes atribui a condição de acionistas, sendo assim, como terceiros que são, devem ser considerados ilegítimos para figurarem no acordo de acionistas²⁴. Não há como deixar de dar razão a Celso Barbi Filho. Nada justifica a interpretação extensiva que o autor aludido acima pretende dar ao art. 118 da Lei 6.404/76. Sabe-se que o acordo de acionistas trata-se de contrato típico e, como tal, conta com regramento próprio, que lhe impõe suas características e limites de validade²⁵. Como explica Bertoldi:

A hipótese de usufruto demonstra-se exemplo típico em que a propriedade poderá dissociar-se por completo dos direitos inerentes às ações, que serão exercidos pelo usufrutuário, salvo se disposição diversa constar do ato constitu-

²²Na lição de BERTOLDI (2006, p.49): “Constata-se que a tipicidade do acordo de acionistas no direito brasileiro é a de trazer limitações quanto às partes que poderão nele intervir. Muito embora seja assente na doutrina que terceiros estranhos a sociedade tenham legitimidade para figurar como parte do acordo de acionistas, há controvérsia”. BERTOLDI (ibidem, p. 59) salienta que: Parcela da doutrina admite a possibilidade de, em algumas hipóteses possa ocorrer à separação entre a propriedade e o direito de voto, como por exemplo, no caso do usufruto, podem figurar como partes aquelas pessoas que tenham condições de exercer o direito de voto mesmo não sendo acionistas.

²³BARBI FILHO, Celso. *Acordo de Acionistas*. Belo horizonte: Del Rei, 1993, p.82.

tivo do gravame. Assim, nos termos do art. 114 da Lei 6.404/76, de forma que o usufrutuário deverá ser tido como terceiro diante da sociedade e, como tal, ilegítimo para figurar no acordo.

(...)

De forma diferente ocorre no fideicomisso, que, por suas características e por não guardar semelhança na forma estrutural com o usufruto, deve ter tratamento específico no que se refere à análise quando à legitimidade do fiduciário para firmar acordo de acionistas. Assim, instituído o fideicomisso, o fiduciário contará com a titularidade plena das ações da companhia, mesmo que resolúvel, diante do que será acionista desta e por essa razão, legítimo para firmar acordo de acionistas²⁶.

B.2) Acordo entre acionistas e fundadores: Os fundadores da companhia aberta, no entanto, poderão não subscrever o capital da sociedade em constituição, deixando de assumir a posição de sócios da companhia, situação em que passam a empenhar unicamente as funções relacionadas com a redação do projeto de estatuto e do prospecto, além de promoverem toda a organização da sociedade, incumbirem-se do recebimento das entradas e efetuarem o depósito bancário e a convocação da assembleia de constituição. Sendo assim, não há que se falar na legitimidade destes para figurarem como signatários de acordos de acionistas²⁷.

B.4) Acordo entre os acionistas e a própria companhia: Em hipótese alguma a sociedade poderá ser parte no acordo. Registra-se que, no Brasil, não se admite a possibilidade da sociedade ser sócia dela própria, não é à toa que as ações em tesouraria terão seus direitos pessoais e patrimoniais suspensos, em especial no que se refere ao direito de voto e recebimento de dividendos, nos termos do art. 30 da Lei 6.404/76³¹.

Para facilitar o entendimento, tomemos como exemplo um acordo em que dele participem vários acionistas de uma dada companhia, represen-

²⁴Ibidem, p.82-83.

²⁵Ibidem, p.83.

²⁶Ibidem, p.59.

²⁹Ibidem, p.59.

³⁰Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 61), como modelo aplicado ao estudo de caso.

³¹Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 64), como modelo aplicado ao estudo de caso.

tantes da maior parte das ações com direito a voto, e ainda um banco credor da sociedade³². Neste referido acordo, Bertoldi salienta que:

Caberá ao banco indicar um dos membros do conselho de administração da companhia, indicação esta que deverá ser acatada pelos demais signatários - acionistas -, mediante o exercício do direito de voto em assembleia geral onde se elegerão os membros daquele órgão da sociedade. Arquivado o acordo na sede da companhia, o mesmo terá eficácia societária perante todos os acionistas, mas não terá a mesma eficácia no que tange ao terceiro - o banco. Assim, as consequências disciplinadas pelo art. 118 e seus parágrafos, serão aplicáveis entre os acionistas convenientes, mas não gerarão qualquer efeito diante do banco. Inadimplindo o acordo por parte dos acionistas, não caberia ao banco utilizar-se das prerrogativas relacionadas com a eficiência extrajudicial do acordo de acionistas. Isso quer significar que ao terceiro não caberá invocar perante a sociedade a obrigação de observar os acordos típicos (acordo de voto e acordo de bloqueio), assim como também não caberá a este reivindicar da companhia a obediência, em seu benefício, das obrigações constantes dos parágrafos 8 e 9 daquele mesmo artigo³³.

Na acomodação dos diversos interesses que movem os sócios da sociedade anônima, o acordo de acionista apresenta-se como um instrumento eficaz de adaptação das forças internas da companhia. Não resta dúvida que a possibilidade de se organizarem grupos de acionistas em torno de uma ferramenta contratual que venha a reger as ações e o comportamento dos convenientes entre si e de todos perante a companhia acaba por criar um ambiente de segurança quanto ao conjunto de atitudes dos acionistas em relação aos grupos a que fazem parte e destes grupos diante da sociedade. Essa segurança gerada pela sobredita estabilidade propicia uma maior credibilidade a sociedade, favorecendo um maior fluxo de investimentos³⁴. Entretanto, observa-se que o direito de preferência é limitadamente exercido, conforme a jurisprudência do TJRJ, a saber:

³²Exemplo extraído da obra de BERTOLDI (2006, p.71).

³³Ibidem, p.71-72.

³⁴Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 106), como modelo aplicado ao estudo de caso.

0023695-95.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento: 28/09/2011 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ACORDO DE ACIONISTAS DIREITO DE PREFERÊNCIA - VINCULAÇÃO TÃO SOMENTE ENTRE AS PARTES CONTRATANTES - NÃO-PERSONALIZAÇÃO DAS AÇÕES - Alienação do controle acionário que o Estado do Rio de Janeiro tem no Banco do Estado do Rio de Janeiro - BERJ. Agravante alega que lhe foi preterido o direito de preferência consoante previsto no acordo realizado entre os acionistas da Empresa Brasileira de Solda Elétrica. Equívoco do recorrente, pois é a pessoa jurídica de direito público Estado do Rio de Janeiro quem está realizando a alienação das ações do Banco do Estado do Rio de Janeiro que lhe pertencem e tal ente não figurou como contratante do acordo. Característica essencial da companhia. Os sócios podem retirar-se a qualquer tempo da sociedade, fazendo-se substituir por outros, mediante alienação de ações, sem que isso implique modificação do contrato social. Assim, a composição da sociedade EBSE não será alterada, não configurando a negociação questionada violação ao direito de preferência. Negado provimento ao recurso.

Com o objetivo de se dar credibilidade a este instrumento contratual, o legislador, ao instruí-lo pioneiramente no direito brasileiro, procurou dotar dito contrato de uma eficácia tal que, em certas condições, mesmo verificando o inadimplemento de parte de seus signatários, mesmo assim, e sem que se recorra ao Poder Judiciário, os efeitos do acordo se façam sentir perante a sociedade e terceiros, nos termos contratados³⁵.

Pois bem, foi clara a intenção do legislador, ao criar o disciplinamento do acordo de acionistas pelo art. 118 da Lei 6.404/76, em fortalecer ao máximo a possibilidade da geração dos efeitos contratados mesmo em caso de inadimplemento do acordo por parte de qualquer de seus acionistas signatários. Podemos

³⁵Ibidem, p.108.

verificar isto, inicialmente, pela característica atribuída ao acordo de acionistas quanto à obrigatoriedade de sua observância pela companhia e também por terceiros, desde que preenchidos determinados requisitos³⁶.

Mediante as diversas alterações que foram introduzidas pela Lei 10.303/2001, o art. 118 passou a contar com outros instrumentos que procuram dotar o acordo de acionistas de eficácia extrajudicial³⁷.

Cabe registrar, ainda, a impossibilidade que a tutela ressarcitória tem em efetivamente cobrir os danos e perdas que por ventura venham a ser causado por conta do não respeito ao acordo de acionistas. Geralmente, o acordo de acionistas traz em seu bojo a implementação de uma política de gestão da empresa, e sua violação acarreta a adoção de uma política diversa daquela pretendida pelo acordo³⁸.

Desta forma, a cláusula penal dificilmente traz ao acordo de acionistas a segurança e garantia de ressarcimento na eventualidade de sua quebra. Especialmente quando se trata de acordo do voto, a variedade de situações que podem se apresentar é tão grande que jamais se poderá imaginar uma pena predeterminada suficientemente justa³⁹.

2.2. No que tange ao objeto do acordo de acionista

O art. 118 da Lei 6.404/76 determina que somente os acordos de acionistas arquivados na sede da companhia é que deverão ser por ela respeitados, criando-se uma obrigação negativa, qual seja, a desconsideração dos votos proferidos contrariamente aos acordos e o não acatamento do pedido de transferência das ações, se não observada a regra contratual relativa à sua transação⁴⁰. Esse entendimento, que se provinha da interpretação do caput do art. 118 da Lei 6.404/76, ganhou reforço com o advento da Lei 10.303/2001, que acresceu àquele artigo o parágrafo 8º, dispondo que: “O presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto preferido com infração ao acordo de acionistas devidamente arquivado.⁴¹”

³⁶Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 108), como modelo aplicado ao estudo de caso.

³⁷Ibidem, p. 109.

³⁸Ibidem, p. 110.

³⁹Ibidem, p. 110.

⁴⁰Ibidem, p. 72.

Levando-se em conta os objetos contemplados pelo legislador para o acordo de acionistas, que, no mais, são aqueles que com maior frequência se verificam na prática societária, como já realçamos, a melhor doutrina classifica o acordo de acionistas, quanto ao seu objeto, entre os acordos de voto e acordos de bloqueio, sendo os acordos de voto divididos ainda em acordos de comando e acordos de defesa. Sendo de voto os acordos que disponham o exercício do direito de voto de seus signatários⁴².

Confere-se a questão com a apresentação da cláusula abaixo:

2.1.1. Cada uma das Partes **obriga-se a não praticar ou deixar de praticar qualquer ato**, caso referida ação ou omissão prejudique o Controle da WILKES, pelos ACIONISTAS DA WILKES, e, conseqüentemente, da CBD, exceto se referida ação ou omissão em questão seja expressamente prevista ou permitida pelo presente Acordo (grifou-se).

O acordo de acionistas tem a base fundamental nas obrigações nele trazidas, diz respeito à contratação definitiva da obrigação de declarar a vontade num sentido específico (acordo de voto) ou, então, a obrigação de dar o direito de opção, preferência, etc., e ainda em caso de transação de ações (acordo de bloqueio). Não se está diante de um contrato que obrigue os convenientes a efetuar outro contrato mediante as previsões da base do negócio.

A essa altura, no entanto, interessa definir que no acordo de acionistas trará seus signatários, com grande frequência, a obrigação de emitir declaração de vontade (voto, preferência, opção de compra e venda de ações etc.), e, em raras vezes, a obrigação de concluir em contrato principal de compra e venda de ações, isto se acaso no acordo ficar estabelecida a obrigação irrevogável de seus signatários virem a contratar no futuro um contrato de compra e venda de ações.

No estudo de caso, pode-se entender que:

2.5 O Contrato de Opção de Venda de Ações sob Condição exerce uma importante função no equilíbrio do poder da WILKES e, portanto, por meio desta disposição, deverá ser considerado, para todos e quaisquer fins, parte integrante do presente Acordo. (grifou-se)

⁴¹Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 68), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁴²Ibidem, p.71.

(...)

5.1.1.1. Salvo disposto em contrário no presente, cada um dos ACIONISTAS DA WILKES obriga-se a fazer com que os Conselheiros por ele nomeados (e, em última instância, pela WILKES, na qualidade de Acionista Controladora da CBD) compareçam a todas as reuniões dos Conselhos de Administração e exerçam seus direitos de voto em conformidade com as disposições do presente Acordo. Caso qualquer dos Conselheiros eleitos não manifeste seu voto de acordo com as instruções, se houver, transmitidas de tempos em tempos pelos ACIONISTAS DA WILKES, e desde que tais instruções sejam transmitidas por escrito ao respectivo Chairman, o Chairman não deverá computar referido voto proferido em violação ao presente Acordo. (grifou-se)

2.3. No que se refere ao interesse social ou societário do voto no acordo de acionista

O voto deve ser proferido pelo acionista em prol do interesse comum de todos os sócios na condução dos negócios sociais, de forma que a confluência das vontades expressas pelos sócios resulte na vontade social. Os sócios não poderão perseguir, assim, um interesse individual *utisinguli* que não seja coincidente com o interesse social, sob pena de se caracterizar desvio de finalidade do voto. Ao votar, “o acionista deve antepor o seu interesse e o interesse da companhia, embora este último, também de certa medida lhe pertença”. Os acionistas podem efetivamente terem os mais variados interesses individuais, no entanto, no que se refere ao interesse geral de todo o acionista, ele não varia e sempre se relaciona com a companhia⁴³.

Cabe lembrar, outrossim, que o acordo de voto que tenha obrigação de seus signatários de votar contrariamente aos interesses da sociedade perderá a eficácia, restando inviável a promoção de sua execução por parte daqueles convenientes que se sintam prejudicados pelo não cumprimento da obrigação. Vê-se que, quando se trata de acordo de votos cuja execução se dê de forma diferida no tempo, sendo o caso da grande maioria dos acordos, em que caberá aos acionistas signatários, quando do exercício do direito de voto em assembleia, verificar antes de tudo, se o adimplemento do acordo não se encontra em contradição

⁴³Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 75), como modelo aplicado ao estudo de caso.

com os interesses sociais, e somente na situação em que não exista esse conflito é que estará ele obrigado a cumprir o acordo, caso contrário, como já observado, o conflito gera efeito liberatório para seus signatários⁴⁴, como se pode observar:

5.1.2.11.3. Respeitado o disposto na Cláusula 2.1.1, cada um dos ACIONISTAS DA WILKES concorda em exercer o seu direito de voto sempre no interesse da CBD e em estrita observância aos termos do presente Acordo. Cada um dos ACIONISTAS DA WILKES compromete-se a apresentar, por escrito, nas Assembleias Gerais, os motivos de seu voto favorável ou contrário em quaisquer das matérias listadas na Cláusula 5.1.2.11.2 acima. (grifou-se)

A) Acordo de Comando, também chamado de acordo de controle, é aquela espécie de pacto realizado entre acionistas que, individualmente, não detêm o controle da companhia, mas que, por meio do acordo, pretendem obter o seu controle, fazendo com que, dessa forma, prevaleça a vontade do grupo de acionistas vinculados pelo acordo nas deliberações da assembleia geral. A própria Lei 6.404/76, em seu artigo 116, determina que o acionista controlador pode ser o grupo de pessoas signatárias do acordo de voto que, concomitantemente: i) detém a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e ii) use diretamente seu poder para determinar as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia⁴⁵.

Como não poderia deixar de ser, os signatários do acordo de comando, caracterizados como controladores da companhia, deverão exercer o poder para fazer a companhia realizar o seu objeto social e ainda cumprir sua função social, atendendo aos direitos e interesses de seus acionistas, seus trabalhadores e da comunidade em que esta inserida, respondendo pelos danos que porventura venham a causar em decorrência de abuso do poder⁴⁶.

Ao contrário do que ocorre com qualquer outro tipo de acordo de acionistas, no acordo de comando, os seus signatários carregam a responsabilidade e o peso de toda uma série de obrigações impostas ao controlador da companhia⁴⁷.

Salienta-se que, em se tratando de acordo de comando, todos os seus signatários serão considerados controladores para os efeitos de se identificar a respon-

⁴⁴Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 76), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁴⁵Ibidem, p.55.

⁴⁶Ibidem, p.77.

⁴⁷Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 77), como modelo aplicado ao estudo de caso.

sabilidade inerente a esta função. Isso não significa, no entanto, que o simples fato de ser parte de acordo de comando que tenha potencial de vir a contrariar aqueles bens jurídicos tratados no parágrafo único do art. 116 da Lei 6.404/76 seja o suficiente para imprimir a responsabilidade a todos os seus signatários, nos termos do art. 117 da lei societária⁴⁸. Por se tratar de acordo de voto, no qual a exteriorização de seus efeitos se dá por meio do exercício do direito de voto de seus membros, somente há que se falar em imputação de responsabilidade por danos causados por atos praticados com abuso de poder em relação àqueles acionistas signatários do referido acordo, que efetivamente votaram em assembleia de forma contrária aos interesses legalmente protegidos. Como esclarece Marcelo Bertoldi:

Dessa forma, o fato que vem a gerar a responsabilidade do acionista controlador é o voto e não a de ser signatário do acordo de comando. Nos termos do § 2º do art. 118 da Lei 6.404/76, as obrigações decorrentes dos acordos de acionistas não poderão ser invocadas por seus signatários para eximí-los da responsabilidade inerente ao exercício do direito de votar ou do poder de controle. Tal dispositivo deixa claro que deve prevalecer o interesse da companhia em prejuízo ao interesse particular dos sócios e que, em caso de conflito entre essas duas ordens de interesses, deve prevalecer sempre o da sociedade. Se é assim, a contrário sensu, desde que o acordo esteja em conformidade com os interesses da sociedade, ele será válido. Nesses termos, não há motivos para se invalidar o acordo que vincule a atuação do acionista no desempenho de suas funções como membro do conselho de administração, desde que atenda aos interesses da sociedade⁴⁹.

Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik⁵⁰, com propriedade, afirmam que o inadimplemento do acordo de acionistas, que este em consonância com os interesses da sociedade, por parte de signatário componente do conselho de administração, acaba por revelar uma atitude, esta sim, contrária aos interesses da companhia, na medida em que, ao obstruir o cumprimento do acordo, acaba por causar lesão ao interesse social mediante a conturbação das deliberações sociais.

⁴⁸Ibidem, p. 79.

⁴⁹Ibidem, p.79.

⁵⁰EIRIZIK, Nelson; CARVALHOSA, Modesto. A nova Lei das sociedades anônimas. São Paulo: Editora Saraiva. 2002, p. 272.

A possibilidade da referida vinculação, com a nova redação dada ao art. 118 pela Lei 10.303/2001, passa a ser prevista por lei. Com efeito, estabelece o § 8º daquele preceito legal que “o presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação da companhia não computará o voto proferido com infração de acordo de acionistas devidamente arquivado”, e o § 9º determina que “o não comparecimento à assembleia e às reuniões dos órgãos de administração da companhia, bem como as abstenções de voto de qualquer de acordo de acionistas, assegura à parte prejudicada o direito de votar com as ações pertencentes ao acionista ausente ou omissa e, no caso de membro do conselho de administração, pelo conselheiro eleito com os votos da parte prejudicada”. Vale ressaltar, a inequívoca intenção do legislador em fazer que as obrigações assumidas em acordo de acionistas vinculem o membro do conselho de administração eleito conforme seus direitos⁵¹.

A esta altura, é preciso que se diferencie com precisão o mecanismo de formação do voto e a sua essência, ou seja, o simples fato da ocorrência de reunião prévia para a formação do sentido do voto não implica necessariamente em tê-lo como abusivo ou contrário aos interesses da sociedade, isto somente se dará diante de seu conteúdo (essência)⁵². Não se pode olvidar da possibilidade de verificar-se voto que vá de encontro aos interesses da companhia provindo de conselheiro não vinculado a acordo de acionistas, assim como de voto perfeitamente condizente com os interesses desta proveniente de voto de conselheiro, direcionado em reunião prévia⁵³.

Quando da tramitação legislativa do projeto que resultou na Lei 10.303/2001, algumas vozes levantaram-se contrariamente a previsão legal de os membros do conselho de administração se vincularem ao acordo de acionistas, sob o argumento de que tal mecanismo ofenderia às melhores práticas de governança corporativa, retirando do conselheiro sua necessária independência e viciando sua vontade, na medida em que sua função administrativa teria como norte a obediência cega aos ditames do controlador que o indicou e o vincula ao acordo⁵⁴.

De fato, ao contrário do que se possa imaginar, o novo regramento relativo à vinculação do conselheiro ao acordo de acionistas não é obrigatório e somente

⁵¹Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 80), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁵²Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 81), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁵³Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 82), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁵⁴Ibidem, p.83.

será utilizado por aquelas companhias que sentirem a necessidade de impor o acordo de controle de maior eficácia, evitando, o quanto possível, recorrer ao Poder Judiciário para dar cumprimento. Em todas aquelas situações em que se verifique que interessa à companhia que os seus conselheiros ajam de forma independente, não será o acordo de acionistas que irá impedir que isso ocorra⁵⁵.

Se uma determinada companhia é composta por três acionistas, todos pessoas jurídicas e signatários de acordo de acionistas onde fica estabelecido que um deles tem a atribuição de indicar e eleger o diretor presidente da companhia, cabendo aos demais sócios acatar sua escolha⁵⁶. Ora, caberá ao conselho de administração eleger a diretoria da companhia, e, diante dos termos do acordo, acatar a indicação do referido acionista para o cargo de diretor presidente. Nessa situação é que se questiona em relação a obrigatoriedade dos conselheiros virem a observar o disposto no acordo firmado entre os acionistas que os elegeram⁵⁷. Evidente que tais conselheiros forme signatários do acordo o problema deixa de existir e os seus respectivos votos devem seguir o contratualmente previsto⁵⁸. No entanto, entendemos que mesmo na hipótese em que tais conselheiros não façam parte do acordo, mesmo assim devem eles obediência ao acordo. Não seria lógico imaginar que aqueles três acionistas que signatários do acordo, o fizeram sem ter a real convicção de que ele deveria ser adimplido pelos conselheiros, sendo assim, tais conselheiros por certo estariam vinculados tacitamente ao acordo no momento em que aceitam a indicação para a composição do conselho⁵⁹.

5.1.1.1. Salvo disposto em contrário no presente, cada um dos ACIONISTAS DA WILKES obriga-se a fazer com que os Conselheiros por ele nomeados (e, em última instância, pela WILKES, na qualidade de Acionista Controladora da CBD) compareçam a todas as reuniões dos Conselhos de Administração e exerçam seus direitos de voto em conformidade com as disposições do presente Acordo. Caso qualquer dos Conselheiros eleitos não manifeste seu voto de acordo com as instruções, se houver, transmitidas de tempos em tempos pelos ACIONISTAS DA WILKES, e desde que tais instruções sejam transmitidas por escrito ao respectivo Chairman, o Chairman não deverá computar referido voto proferido

⁵⁵Ibidem, p.83.

⁵⁶Ibidem, p.84.

⁵⁷Ibidem, p.84.

⁵⁸Ibidem, p.85.

⁵⁹Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 85), como modelo aplicado ao estudo de caso.

em violação ao presente Acordo. (grifou-se)

B) Acordo de Defesa, onde a lei societária imputa uma série de direitos aos acionistas minoritários, de forma que, em muitos casos, para serem apropriadamente exercidos, torna-se necessário que uma minoria organizada de acionistas se arranje em torno de um mesmo objetivo. O acordo de acionistas apresenta-se como um instrumento eficaz para a aglutinação dessa minoria, por meio de seus signatários, não detentores do poder de controle da companhia, procurem resguardar seus interesses em comum⁶⁰.

É justamente como instrumento de aglutinação dessa minoria que surge o acordo de defesa, cuja vocação se circunscreve a dar organização jurídica aqueles acionistas não detentores do controle da companhia abeta que pretendam fazer prevalecer seus interesses diante do grupo controlador⁶¹. Como Bertoldi comenta:

(...) na verdade, nem todo acordo de defesa terá como objeto o exercício do direito de voto de seus signatários. Casos existem em que a reunião dos minoritários em torno do acordo diz respeito a uma atuação que não em órgão colegiado da companhia. É o exemplo daqueles acionistas que, para adquirirem legitimidade ativa para o ajuizamento de ação de responsabilidade civil contra a administração, na hipótese em que tal providência não tenha sido aceita pela assembleia geral, se reúnem por meio de acordo de defesa com o objetivo de obterem condições processuais para o patrocínio da referida ação de responsabilidade. Cita-se também, como exemplo, a legitimidade aos acionistas que representem ao menos 5% do capital social para solicitar a exibição dos seus livros societários. Enfim, “os acordos de defesa podem compor os interesses *utisinguli* dos minoritários, independentemente da classe ou espécie das ações possuídas pelos contratantes⁶².”

C) Acordo de Bloqueio, uma espécie de acordo que tem como objetivo limitar, de vários modos, a liberdade de circulação das ações que a ele estão vin-

⁶⁰Ibidem, p.86.

⁶¹Ibidem, p.86.

⁶²BERTOLDI, 2006, p.87.

culados. Assim, o acordo de bloqueio é um contrato pelo qual os acionistas de uma determinada companhia aberta estabelecem limitações mútuas quanto à transmissão de suas ações, seja no que se refere à sua alienação, seja quanto à preferência para adquiri-las⁶³.

Podemos identificar três razões que podem levar um grupo de acionistas a criar restrições quanto à alienação de suas participações acionárias⁶⁴. Na classificação de Bertoldi, são elas: (I) evitar o ingresso de terceiros indesejáveis na companhia; (II) evitar que a transferência irrestrita das ações pertencentes aos signatários de acordos de voto possa inviabilizar o seu adimplemento; e (III) equilibrar o poder de controle da companhia em acionistas que, isoladamente, não teriam essa condição⁶⁵.

Ao contrário do acordo de voto, o acordo de bloqueio não pode ser definido como um contrato plurilateral em que todos os signatários apresentam-se em comunhão de objetivos, pois, neste acordo, não existe nenhuma atividade em comum que venha a requisitar a prestação das partes para se alcançar a um objetivo único. Comenta Bertoldi sobre a questão que:

O acordo de bloqueio consiste na obrigação que todos os convenientes têm diante deles próprios em alienar suas ações somente nas condições constantes do contrato, de forma que, não estão todos só contratantes em busca de um objetivo comum, mas sim estão presentes obrigações contrapostas entre seus participantes.

(...)

Com efeito, no que se refere à companhia aberta, não há que se admitir qualquer tipo de restrição constante do contrato social para a circulação de suas ações, pois é na livre transmissibilidade das ações que se assenta a sua estrutura.

(...)

No entanto, no que se refere às companhias fechadas, o legislador foi explícito ao afirmar que seu estatuto social poderá impor limitações à circulação das ações, contanto que regule especificamente tais limitações e não impeça a circulação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da

⁶³Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 88), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁶⁴Ibidem, p.88.

⁶⁵Ibidem, p.89.

companhia ou da maioria dos acionistas⁶⁶.

Pode-se estabelecer como distinção entre a cláusula estatutária restritiva de transferência de ações constante da companhia fechada e o acordo de bloqueio a eficácia que aquele tem em alcançar todos os sócios da companhia enquanto esta se limita somente as partes do acordo; entretanto, ambas as formas de restringir a transmissibilidade das ações geram obrigação de sua observância por parte da companhia⁶⁷.

O art. 36 da Lei 6.404/76 determina que:

“O estatuto da companhia fechada pode impor limitações a circulação das ações nominativas, contanto que regule minuciosamente tais limitações e não impeça a negociação, nem sujeite o acionista ao arbítrio dos órgãos de administração da companhia ou da maioria dos acionistas”⁶⁸

Resulta que, em nenhuma hipótese, se admite cláusula estatutária que simplesmente impeça a transferência das ações da companhia, mesmo sendo ela fechada. Resta saber se essa proibição a que faz referência o texto da lei também se aplica aos acordos de acionistas ou se limita tão somente à hipótese relativa às cláusulas estatutárias⁶⁹.

9.2.1 Caso o CASINO decida exercer a Opção de Compra de Reorganização de Control:, (I) o CASINO deverá notificar o GRUPO AD, por escrito, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias (a “Notificação de Opção de Compra de Reorganização de Controle”); e (II) o preço de 1 (uma) Ação Ordinária da WILKES deverá ser de R\$ 1,00 (um real), e CASINO deverá pagar esse preço ao representante do GRUPO AD no ato da Transferência para CASINO; e (iii) a data da Transferência de 1 (uma) Ação Ordinária da WILKES será o primeiro dia útil após o término do período descrito na Notificação de Opção de Compra de Reorganização de Controle; e (iv) caso o GRUPO AD não cumpra a contra obrigação de vender ao CASINO a ação sujeita à Opção de Compra de Reorganização de Controle, CASINO terá o direito de depositar com a WILKES o preço referido no

⁶⁶BERTOLDI, 2006, p.90-91.

⁶⁷Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 92), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁶⁸Ibidem, p. 97.

⁶⁹Ibidem, p.97

item (ii) acima e o CASINO, na qualidade de procurador com poderes especiais e irrevogáveis do GRUPO AD, nos termos dos Artigos 660 e 683 do Código Civil Brasileiro, terá o direito de celebrar todos e quaisquer documentos em nome do GRUPO AD para a formalização da Transferência da ação sujeita à Opção de Compra de Reorganização de Controle e também terá o direito de fazer com que a WILKES e o banco custodiante responsável pelo registro das Ações da WILKES tomem todas e quaisquer medidas necessárias para a formalização da referida Transferência. Em decorrência do exposto neste item, as Partes expressamente reconhecem que esta Cláusula deverá ser considerada o competente instrumento de nomeação de procurador, conforme determinado nos termos do Artigo 653 e seguintes do Código Civil Brasileiro, e o CASINO fica pelo presente autorizado pelo GRUPO AD a delegar os poderes outorgados pelo presente para um ou mais indivíduos. (grifou-se)

No que se refere ao acordo de bloqueio, o não adimplemento por parte de qualquer dos signatários propicia o surgimento do interesse dos demais convenientes em perseguir sentença que venha a suprir a preferência, opção ou promessa contratada, diante do que, o interesse dos mesmos em exercitar os interesses que lhes cabem com relação à transação das ações vinculadas ao acordo e pertencentes ao obrigado inadimplente é patente.

Com o ajuizamento da execução específica, faz sobreviver manifestação por parte do autor em exercer os direitos emergentes do acordo, fazendo com que a venda indevida das ações deva ser desconstituída, isto porque não se pode admitir o suprimento da vontade do obrigado, mediante sentença constitutiva dos efeitos da declaração não emitida, sem que tal manifestação não venha a oferecer qualquer efeito prático em razão das ações não mais pertencerem ao réu⁷⁰. Como esclarece Bertoldi:

Somente haverá a condição de se obter uma sentença de mérito, no que se refere a ação que busca o suprimento jurisdicional com vista à produção dos mesmos resultados do voto não proferido ou proferido em desacordo com o acordo de voto, se acaso tais resultados (cômputo dos votos tal qual consignado no acordo) vierem a alterar a deliberação; caso contrário, evidentemente, não há que se falar em interesse de agir⁷¹.

(...)

Verifica-se, então, que terão legitimidade para ser réus ou convenentes que supostamente tenham contrariado os termos do acordo, bem como aqueles que deverão sujeitar-se aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença, ou destinatários dos efeitos do provimento jurisdicional⁷².

(...)

Serão sempre dois os efeitos pretendidos pelo autor da demanda que busca o adimplemento do acordo de acionistas. Um deles trata da substituição da emissão de declaração de vontade, pela qual a sentença, uma vez transitada em julgado, terá o condão de gerar os efeitos da declaração não emitida; o outro se refere à declaração de ineficácia dos atos nela registrados que contrariam o acordo e são incompatíveis com os efeitos da sentença⁷³.

(...)

A ação de substituição dos efeitos da declaração de vontade não emitida deverá necessariamente ser proposta em conjunto com a ação que torne ineficazes os atos praticados em decorrência ao inadimplemento do acordo, devendo tais ações ser reunidas num mesmo processo e julgadas na mesma sentença, nos termos do art. 103 do Código de Processo Civil. Na ação que tem o condão de fazer com que seja proferida a sentença que tenha os mesmos efeitos da declaração não emitida, a legitimação ativa será do membro do acordo que se vê lesado com a sua inobservância, e a legitimação passiva será do signatário reputado inadimplente⁷⁴.

(...)

Viu-se que o provimento jurisdicional que tutela os acionistas signatários do acordo, prejudicados com o seu inadimplemento, e que têm o condão de obter os efeitos que se esperaria com a declaração não emitida ou emitida de forma diversa à contratada, trata-se de sentença, sentença esta produzida em processo de conhecimento e de eficácia preponderantemente constitutiva⁷⁵.

Em matéria de acordo de acionistas típico, ou seja, acordos que tenham por objeto o direito de voto ou quanto a circulação de ações de seus convenentes,

⁷⁰Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 168), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁷¹BERTOLDI, 2006, p.172.

⁷²BERTOLDI, 2006, p.173.

⁷³Ibidem, p.174

⁷⁴Ibidem, p.179.

⁷⁵Ibidem, p.183.

quase sempre se estará diante de situação em que o juiz, antecipando ou não os efeitos da tutela, estará impingindo às partes e à própria sociedade uma situação que dificilmente poderá ser revertida em favor daquele que, ao final, demonstre ser o detentor do direito em litígio. Diz-se isso porque a companhia não pode esperar inerte enquanto o conflito existente é resolvido pelo Poder Judiciário, devendo adotar posturas comerciais, econômicas e jurídicas que propiciam o seu normal desenvolvimento enquanto os seus sócios litigam.

Diante dessa característica própria de mediada cautelar, sempre que, para preservar o resultado prático do processo que busca a execução específica do acordo de acionistas, for necessário que sejam tomadas todas as providências não satisfativas, haverá condições de o autor lançar mão do processo cautelar. Tome-se como exemplo a hipótese conhecida da medida cautelar que determine a suspensão do arquivamento da ata de órgão colegiado perante o Registro Público de Comércio, ou então que vise impedir a realização de determinada deliberação⁷⁶.

2.4. Quanto ao prazo estabelecido no acordo de acionista

Especialmente em se tratando de acordo de voto, a doutrina evidencia a impossibilidade da existência de pactos eternos, sob pena de excluir definitivamente o direito de voto daquele acionista a ele vinculado⁷⁷.

De fato, não é de se admitir acordo de voto que vincule seus signatários por período de tempo suficientemente longo a ponto de excluir quase que definitivamente o direito de voto do acionista a ele vinculado, pois, dessa forma, estar-se-ia criando a total desvinculação entre a propriedade da ação e o direito de votar, retirando este direito definitivamente de uma parcela dos acionistas da companhia⁷⁸.

Da mesma forma ocorre com o acordo de bloqueio, ou seja, um permanente vínculo inderrogável relacionado com a livre disponibilidade do patrimônio daqueles acionistas a ele vinculados, o que se verifica no acordo de acionista estudado, abaixo transcrito:

19.1.1. O presente Acordo ficará automaticamente rescindido (independentemente de qualquer ato de qualquer das partes)

⁷⁶A Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 191), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁷⁷Ibidem, p.99.

⁷⁸Ibidem, p.100.

na data em que qualquer dos ACIONISTAS DA WILKES deixar de deter Ações da WILKES representativas de, no mínimo, 10% (dez por cento) das ações com direito a voto da WILKES, observado que, as disposições da Cláusula 9.3 desse Acordo devem permanecer em pleno vigor nas circunstâncias descritas na Cláusula 9.4 do presente Acordo. (grifou-se)

2.5. No que tange a cláusula de rescisão

De fato, a possibilidade de rescisão do acordo por prazo indeterminado significaria a ineficácia do acordo de acionistas em sua forma específica, não restando alternativa aos signatários prejudicados senão se socorrerem da via ressarcitória, situação esta não desejada pelo legislador.

Foi com vistas a essa situação que o legislador reformista acrescentou o parágrafo 6º ao art. 118 da Lei 6.404/76 - acrescentado pela Lei 10.303/2001 - que determina que: “o acordo de acionista cujo prazo for fixado em razão de termo ou condição resolutive somente pode ser denunciado segundo suas estipulações”. Sendo assim, claro está que naquelas hipóteses em que o acordo venha a definir que o seu prazo de vigência está relacionado com a ocorrência de um termo, seja ele certo ou incerto, ou a uma condição resolutive, não caberá, sua rescisão unilateral⁷⁹.

Conclui-se que o acordo de acionista que estipule prazo limitado em função de termo ou condição resolutive não poderá ser rescindido antecipadamente e sem justo motivo. Por outro lado, naquelas hipóteses em que se verifique a indeterminação do prazo de vigência do acordo, ele somente poderá ser denunciado unilateral e injustificadamente desde que mediante aviso prévio compatível com a natureza de suas estipulações e sempre respeitando o princípio da boa-fé contratual⁸⁰. Vislumbra-se o que se afirma na cláusula do acordo de acionista em comento abaixo transcrita:

16.1. Qualquer litígio ou controvérsia entre as Partes decorrente do presente Acordo ou a ele relacionado, incluindo, sem limitação, os litígios ou contro-

⁷⁹Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 102), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁸⁰Ibidem, p. 104.

vérsias relativos (I) à interpretação de qualquer disposição ou à validade ou exequibilidade de qualquer termo ou condição (inclusive deste Capítulo) do Acordo como um todo, (II) a qualquer pleito para que o presente Acordo, no todo ou em parte, seja considerado nulo ou anulável, (III) aos contratos ou instrumentos celebrados em função do presente Acordo e às operações nele previstas, ou (IV) à interpretação do presente Acordo ou da violação de qualquer dos itens precedentes, exceto no caso de Impasse no Conselho de Administração da WILKES, será submetido a arbitragem em conformidade com as regras da CCI, podendo a sentença arbitral ser executada em qualquer juízo competente. (grifou-se)

3. Mecanismos de eficácia extrajudicial do acordo de acionista perante a companhia

Ao se afirmar que é conveniente que o acordo de acionistas contenha, em sua formulação legal, mecanismos que propiciem sua eficiência extrajudicial, deve-se ter em mente os minuciosos limites impostos pelo ordenamento jurídico a essa espécie de mecanismos⁸¹.

Por conta da disposição do caput do art. 118 da Lei 6.404/76, que determina que os acordos de acionistas que tenham como objeto a compra e venda de ações ou preferência para adquiri-las, o exercício do direito de voto ou do poder de controle da companhia, devem ser observados pela companhia desde que arquivados em sua sede, a doutrina passou a sustentar que a referida observância do acordo pela companhia significa que esta tem de agir nos estritos termos do acordo, não tomando qualquer providência contrária ao contratualmente estabelecido⁸². Dessa forma, na hipótese de acordo de voto em que se detecta que um de seus membros, descumpriu o acordo, vota contrariamente a seus termos, o presidente da assembleia geral tem o dever de, ao observar o acordo, impedir que o voto seja computado tal qual proferido pela acionista⁸³.

No § 8º do art. 118, conforme a redação dada pela Lei 10.303/2001:

(...) o presidente da assembleia ou do órgão colegiado de deliberação não

⁸¹Texto resumido pelo autor, extraído do livro de BERTOLDI (2006, p. 104), como modelo aplicado ao estudo de caso.

⁸²Ibidem, p. 111.

⁸³Ibidem, p. 111.

poderá levar em conta o voto proferido com infração de acordo de acionistas, devidamente arquivado na companhia, desde que se trate de acordo que tenha como matéria aquelas elencadas pelo legislador.

Elucida-se este ponto com a seguinte jurisprudência do TJRJ, verbis:

0231953-78.2009.8.19.0001 - APELAÇÃO

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM - Julgamento: 28/09/2011 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL. Data de Publicação: 08/03/2012
DIREITO EMPRESARIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. ACORDO DE ACIONISTAS. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INEFICÁCIA PERANTE O AUTOR. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. CLÁUSULA ARBITRAL. SUBMISSÃO DOS INTERVENIENTES-ANUENTES À CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. Hipótese em que o autor, na qualidade de interveniente-anuente, firmou Acordo de Acionistas do qual constava expressa cláusula de não concorrência. Alegação de inconstitucionalidade da referida cláusula. Extinção do processo sem resolução do mérito, com base no disposto no artigo 267, VII do Código de Processo Civil. Cassação da sentença. Interpretação sistemática do Acordo de Acionistas e das cláusulas referentes à instituição da arbitragem revela que apenas os acionistas estão submetidos ao compromisso arbitral para dirimir conflitos oriundos do contrato. Recurso provido. Cassação da sentença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redação do art. 118 da Lei 6.404/76 disciplina uma característica preponderante nas companhias brasileiras, que é a falta de independência dos administradores da companhia. Mesmo que seja desejável que as companhias tenham com administradores desvinculados dos interesses particulares dos controladores, a lei não pode deixar de levar em conta o fato de que a grande maioria das empresas brasileiras conta com administradores diretamente vinculados e subordinados aos acionistas controladores ou minoritários. Diante dessa realidade, legítimo o disciplinamento dessa relação entre os controladores ou não controladores vinculados em acordo do comando e os administradores por eles eleitos.

O acordo de defesa surge como ferramenta de aglutinação da minoria acionária com o objetivo de dar organização jurídica aqueles acionistas não possuidores do controle da companhia que pretendam fazer prevalecer seus interesses diante do grupo controlador.

Procurou o legislador criar mecanismos de eficácia extrajudicial para o cumprimento do acordo de acionistas, limitando o quanto possível a busca de seu integral cumprimento mediante a utilização do Poder Judiciário.

Para efeitos do presente estudo, quanto ao inadimplemento do acordo de acionistas e a necessidade de se buscar a proteção dos direitos dos signatários ofendidos, por meio do Poder Judiciário, interessa a verificação daqueles casos em que se concebe a possibilidade da utilização da tutela específica das obrigações de fazer (emitir declaração de vontade e concluir contrato).

O acordo de acionistas pode apresentar-se como título executivo extrajudicial apto a aparelhar execução, desde que contenha em seu bojo as características formais indispensáveis, definidas em lei. Tais atributos deverão ser colhidos mediante exame sistemático do Código de Processo Civil. Primeiramente, a obrigação do título deverá ter como objeto a entrega de coisa, prestação de fazer ou de não fazer e pagar quantia certa. O título deverá conter também a indicação dos sujeitos ativo e passivo da relação obrigacional, determinando, dessa maneira, a legitimação ativa e passiva da ação de execução. Quanto a estes aspectos não há dúvidas de que o acordo de acionistas terá condições de contê-los, não restando motivos para maiores indagações.

Quanto ao seu aspecto formal, o acordo de acionistas deverá ser realizado na forma escrita e conter a assinatura de duas testemunhas. A isto se some a eventual necessidade de apresentação de documentos auxiliares que, adicionando-se ao acordo, criam um todo substancial. É o exemplo do acordo que deve ser acompanhado da ata de reunião prévia onde se definiu pela votação em determinada pessoa para ocupar assento no conselho de administração e da ata em que um dos signatários tenha contrariado a orientação de voto.

Concluí-se, portanto, que, quando se estiver diante de acordo de acionistas que contenha obrigação de contratar ou emitir declaração de vontade, fica excluída a via executiva para realização de referidas obrigações, cabendo ao credor a persecução de sentença proferida em processo de conhecimento que venha a produzir os efeitos que se esperavam do ato a que contratualmente o devedor obrigou-se.

Na hipótese de acordo de voto, a ordem vinda do Poder Judiciário será no sentido de ser o voto computado tal qual a obrigação assumida pelo signatário do acordo, sem que haja espaço para outra providência senão a alteração do resultado da deliberação da assembleia geral. Diante disso, o provimento constitutivo não terá o condão de determinar a ineficácia dos atos anteriores a este e subsequentes à deliberação.

O parágrafo 9º do art. 118 da Lei 6.404/76 cria mecanismos que corrompem o princípio da indelegabilidade das funções do Poder Judiciário, fazendo com que uma das partes do acordo venha a, tal qual um juiz, declarar o inadimplemento contratual e se substituir à vontade do signatário tido como falante. Diante disso, aquele acionista que se vir diante do inadimplemento do acordo não terá alternativa senão a de procurar o Poder Judiciário para, por meio da ação de conhecimento, buscar sentença que venha a gerar os efeitos da declaração não emitida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBI FILHO, Celso. Acordo de Acionistas. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BERTOLDI, Marcelo. Acordo de Acionistas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Exposição de Motivos da Lei nº 6404, de 15, de dezembro de 1976. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/redir.asp?subpage=lei>>. Acesso em: 12 set. 2011.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Acordo de Acionistas. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 2. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EIRIZIK, Nelson; CARVALHOSA, Modesto. A nova Lei das sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 2002.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. Direito das Companhias, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Direito das Companhias, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIMA, Osmar Brina Corrêa Lima. O acionista minoritário do direito brasileiro. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

LISTA DE ACÓRDÃOS ANALISADOS:

PODER JUDICIÁRIO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº 0231953-78.2009.8.19.0001. Disponível em: <<http://www.diariosoficiais.com/home/diario?ds=d17s2&dt=27-10-2011&pg=216>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0023695-95.2011.8.19.0000. Disponível em: <<http://www.diariosoficiais.com/home/diario?ds=d17s2&dt=27-10-2011&pg=216>>. Acesso em: 20 de ago de 2013.

Artigo recebido em: 09.08.2013

Revisado em: 30.09.2013

Aprovado em: 22.10.2013

A DEFESA DOS EMPRESÁRIOS NO CONFLITO JURISPRUDENCIAL DO STJ QUANTO AO CONCEITO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

THE DEFENSE OF ENTREPRENEURS IN CONFLICT JURISPRUDENCE FROM THE SUPERIOR JUSTICE COURT REGARDING THE CONCEPT OF DISREGARD OF CORPORATE PERSONALITY

Renato Goulart Ferreira¹

Bacharel em Direito

Escola de Direito do Rio de Janeiro (FGV) - Rio de Janeiro - Brasil

RESUMO: O trabalho tem como objetivo geral apresentar um panorama sobre a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e apontar como esse conceito é aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, com o fim de constatar se na prática a disregard doctrine é ou não é aplicada conforme ensina e defende a doutrina. Os objetivos especiais são: (i) caracterizar a desconsideração da personalidade jurídica por meio de seus elementos; e (ii) apresentar os principais julgados do STJ e a sua tendência no século XXI. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica da doutrina nacional e a exploratória com a pesquisa e análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça - STJ. O recorte temporal são os anos de 1990 a 2010.

Palavras-chave: Personalidade Jurídica. Desconsideração da Personalidade Jurídica. Abuso de Direito ou exceção de contrato.

Abstract: The work generally aims at highlighting the Theory of Disregard of Legal Personality (disregard doctrine) and show how this concept is applied by the Superior Court of Justice, in order to see whether in practice to disregard doctrine as teaches and defends the doctrine. The special objectives are: (i) to characterize the disregard of legal personality through its elements, and (ii) present the

¹Advogado especialista em Direito Empresarial na cidade do Rio de Janeiro. E-mail: pedrorodrigues13@gmail.com.

panorama of jurisprudence and its trend in twenty-first century. The methodology used is a literature review of national doctrine and exploratory research and analysis judged on Superior Justice Court. The time frame is from 1990 to 2010.

Key-words: Legal Personality. Disregard of the Legal Personality. Breach Contract or Law Enforcement Exceptional.

INTRODUÇÃO

Hoje em dia, entende-se que proteger a personalidade jurídica das pessoas jurídicas é de grande importância para o desenvolvimento das relações comerciais entre elas mesmas e entre pessoas jurídicas e pessoas físicas.

Essa importância se dá devido a uma característica fundamental da pessoa jurídica que é a separação entre o patrimônio do empresário do patrimônio da empresa, de modo que o primeiro possa investir parte de seus bens na formação de uma sociedade empresária que desenvolva uma determinada atividade - a qual ele espera ser lucrativa - para que possa reaver seu investimento mais os frutos da atividade exercida. Contudo, sabemos que nem sempre a sociedade empresária será bem sucedida - seja por exercer uma atividade não lucrativa ou por demais problemas - o que a levará a não adimplir com suas obrigações perante credores ou com a Fazenda Pública, constituindo assim um risco para o empresário devido ao fato de que os credores irão perseguir o adimplemento das obrigações pela sociedade e esta responderá pelas obrigações até o valor de seu patrimônio, não podendo se atingir o restante dos bens do empresário.

Assim, temos que a atribuição da personalidade jurídica às pessoas jurídicas ocorreu para que estas pudessem praticar e responder por atos jurídicos apesar de não serem pessoas reais. Logo conforme ensina o Professor Washington de Barros Monteiro:

A personalidade jurídica não é uma ficção, mas uma forma, uma investidura, um atributo que o Estado defere a certos entes, havidos como merecedores dessa situação. A pessoa jurídica tem, assim, realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal à realidade das instituições jurídicas. No âmbito do direito, portanto, as pessoas jurídicas são

dotadas do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas².

Porém, devido ao elevado grau de inatingibilidade dado pela doutrina e pela jurisprudência passadas ao patrimônio dos sócios quando constatado que a empresa não tinha bens capazes de cumprir com suas obrigações, os “homens” passaram a se valer dessa característica atribuída à personalidade jurídica das pessoas jurídicas para agirem de má-fé e assim prejudicando os credores das empresas e beneficiando o seu patrimônio individual.

No entanto, isso resultou na criação do instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, na qual a justiça ignora a separação do patrimônio dos sócios do patrimônio da empresa - quando constatado que aqueles agiram de forma a se beneficiarem da personalidade jurídica da empresa frente à dilapidação do patrimônio desta, o que causaria prejuízos aos credores da pessoa jurídica empresária - e ingressam no patrimônio dos empresários (sócios, diretores, etc.) buscando o adimplemento das obrigações por eles assumidas em nome da empresa quando agirem de má-fé.

Contudo, apesar da grande importância do instituto jurídico da Desconsideração da Personalidade Jurídica, com o passar dos anos acredita-se que vem ocorrendo uma expansão dos casos em que se deve aplicar tal instituto pela jurisprudência, o que pode gerar alguns exageros e provocar um aumento do risco aos empresários, uma vez que poderão vir a responder com seu patrimônio quando a sociedade empresária tiver prejuízos mesmo que não tenham agido de má-fé.

O objetivo do presente trabalho é de analisar a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica junto ao Superior Tribunal de Justiça para analisar seu posicionamento frente aos casos em que se deve aplicar esse instituto jurídico, e comparar se tais casos se enquadram com aqueles defesos pela doutrina especializada, o que levou a realização do estudo de maneira específica da área cível, não havendo intenção de exaurir o tema dado à complexidade e desencontro das decisões na esfera trabalhista.

Dessa forma, buscando proporcionar uma maior organização e melhor entendimento ao leitor, o trabalho fora esquematizado de maneira que o Capítulo 1 destaca alguns aspectos iniciais e conceitos básicos, especificamente acerca da

²MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 109.

personalidade jurídica e sobre a responsabilidade dos sócios.

No Capítulo 2 foi demonstrado o histórico da *Disregard Doctrine* ou Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e como ela se encontra disposta no ordenamento jurídico e pela doutrina nacional.

E por fim, no Capítulo 3, o trabalho faz uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça objetivando a comprovação ou não de uma utilização abusiva pelos tribunais da doutrina alvo do presente estudo.

1. Aspectos Gerais e Conceitos Básicos

Primeiramente, é preciso deixar claro que o presente item do estudo constitui-se de premissas assumidas, após pesquisa doutrinária e jurisprudencial, capazes de possibilitar o melhor entendimento possível acerca do tema debatido nesse trabalho e seus impactos no mundo jurídico.

1.1 Da Personalidade Jurídica

A personalidade das pessoas jurídicas³ é protegida pelo nosso ordenamento jurídico, demonstrando o fato dela não ser uma ficção⁴ e, sim, uma realidade no direito brasileiro, devendo ser afastado qualquer entendimento da mesma ser uma ficção legal, simulação ou instituto imaginário. Corroborando com isso, Rubens Requião destaca a personalidade jurídica como sendo uma “realidade no mundo jurídico”⁵, e que segundo entendimento de Amador Paes de Almeida:

Não tendo vida natural, mas apenas jurídica, embora sujeito de direito, com patrimônio próprio, atua a pessoa jurídica no mundo dos negócios por intermédio de seus sócios-gerentes (se constituída sob forma de sociedade de pessoas), ou diretores-presidentes (se sociedade de capital)⁶.

³Personalidade Jurídica é um atributo criado pelo ordenamento jurídico que dá as sociedades empresárias a capacidade para uma entidade puramente legal subsistir e desenvolver-se no mundo jurídico. Dessa forma, sua realidade torna-se socialmente aceita, o que lhe concede direitos e obrigações perante a sociedade. Além disso, com base no ensinamento por Ricardo Negrão devemos destacar que a personalidade jurídica apenas se constitui através do registro do ato constitutivo de uma sociedade (contrato social ou estatuto), vez que o comerciante e o empresário individual já possuem direitos a personalidade, logo não poderão possuir personalidade jurídica porque somente pessoas fictas necessitam de personalidade jurídica, conforme o previsto no art. 45 do Código Civil. NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 243.

⁴MONTEIRO, op. cit., 1958, p. 110.

⁵REQUIÃO, Rubens. Aspectos modernos de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 171.

Partindo desse princípio, fica evidente que a concessão da personalidade às pessoas jurídicas tem como efeitos, conforme ensina Ricardo Negrão:

I) assunção da capacidade para direitos e obrigações (praticar atos da vida civil); II) os sócios não mais se confundem com a pessoa da sociedade; III) a pessoa jurídica possui patrimônio próprio, distinto do de seus sócios; IV) a sociedade pode alterar sua estrutura interna”(5); e V) nome empresarial⁷.

O STJ esclareceu que:

A personalidade jurídica da sociedade não se confunde com a personalidade jurídica dos sócios. Constituem pessoas distintas. Distintos também os direitos e obrigações. O sócio, por isso, não pode postular em nome próprio direito da entidade. Ilegitimidade ativa ad causam⁸.

Podemos concluir que a pessoa jurídica, quando criada de acordo com a forma prescrita em lei, passa a gozar de autonomia patrimonial quanto aos bens dos sócios. Tal princípio objetiva restringir o risco dos sócios-empresários e também estimular o desenvolvimento de atividades produtivas por um maior número de pessoas, o que irá produzir mais riquezas para o indivíduo e para a sociedade.

1.2 Da Responsabilidade dos Sócios⁹

Com relação a responsabilidade dos sócios nas sociedades empresárias (especificamente tratando das sociedades anônimas e das sociedades limitadas), temos como tipos ordinários de responsabilidade de sócios no direito brasileiro, conforme ensina Ricardo Negrão: “I) responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, como é o caso dos acionistas das sociedades anônimas; II) responsabilidade pelo total não integralizado, solidariamente com os demais sócios, nas sociedades limitadas”¹⁰.

⁶ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123

⁷NEGRÃO, op. cit, p. 259.

⁸MS 469/DF, Reg. n. 900006576-3, Relator(A) Ministro Vicente Cernicchiaro, 1ª Seção, v.u., DJe, 12/11/1990, Ementário de Jurisprudência do STJ, n. 3, Ementa n. 428, p. 172.

Além disso, ainda seguindo a obra de Ricardo Negrão, é importante destacar os casos de responsabilidade extraordinária dos sócios, no qual responderam quando o sócio de qualquer das sociedades existentes praticar atos contrários a lei. Assim, pode-se classificar tais tipos em três classes: a) fraude no uso da personalidade jurídica, quando se aplicará a teoria da desconsideração da personalidade jurídica; b) responsabilização por culpa ou dolo cuja autoria e imputação são, desde logo, identificadas; c) transgressão de regras societárias¹¹.

No primeiro tipo, temos que a fraude é elemento utilizado para prejudicar credores por meio do abuso da personalidade jurídica, como ocorre nos casos em que aplicamos a *disregard doctrine*.

Em modalidade seguinte, o sócio, agindo com culpa ou dolo, pratica atos que causam prejuízos a terceiros e que são, por meio de força de lei ou contratualmente, atribuídos ao sócio.

E na última modalidade, os fatos são esclarecidos e identificados de maneira objetiva na qual o legislador estabelece a responsabilidade do sócio perante os credores da empresa, por violar regras societárias pertinentes a cada tipo societário, incluindo situações em que a intenção não é promover fraude contra os credores.

Dessa forma, destacamos que, ainda com relação à separação patrimonial entre os bens dos sócios e da empresa, temos que destacar que a responsabilidade dos sócios, quando ilimitada, é subsidiária, como claramente dispõe o art. 1.024 do Código Civil: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.”¹²

⁹Sobre a Responsabilidade vale esclarecer que se trata da obrigação de reparar danos que uma pessoa causa a outra. Destacamos ainda que existem três espécies de responsabilidade, que são: a) objetiva - basta estar presente nexa causal e dano para se configurar, e deve estar prevista em lei; b) subjetiva - configura-se quando presente nexa causal, culpa e dano, e tida como regra no direito civil; c) presumida - ocorre nos casos especificados por lei onde se presume a responsabilidade por certos atos. Outros tipos de divisões a cerca da responsabilidade, caracteriza-se por: i) Pessoal ou Simples - esta se aplica quando a pessoa responde diretamente com seus bens aos danos gerados a terceiros; ii) Solidária - aplica-se quando estipulada por lei, a qual apesar de o dano ser gerado por uma pessoa outra poderá ser obrigada adimplir integralmente com a obrigação de indenizar aquele dano conforme escolher o prejudica. Destaca-se que aquele que adimplir obrigação tem direito de regresso frente o causador do dano; iii) Subsidiária - é aplicada quando o causador do dano não possuir bens suficientes para adimplir sua obrigação de indenizar, de forma que caberá ao responsável subsidiário cumprir com o montante restante a ser pago. Por fim, evidenciamos a existência da responsabilidade que se restringe ao valor das quotas, que são: ilimitada, onde os sócios poderão ser responsabilizados pela integralidade da obrigação, mesmo que superior ao valor de suas quotas, e a limitada ao valor das quotas, a qual a obrigação de indenizar será restrita ao valor das quotas dos sócios. Neste sentido temos o doutrinador Ricardo Negrão, na p. 287.

¹⁰NEGRÃO, 2005, p. 259-260.

¹¹NEGRÃO, 2005, p. 260.

O art. 596, CPC e art. 1.052, CC, estabelece que a responsabilidade do sócio é restrita ao valor de suas quotas quando integralizado o capital social da empresa, enquanto no caso contrário, os sócios respondem solidariamente pela integralização do capital.

2. Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica

2.1 Do Histórico

Inicialmente, conforme posicionamento de Amador Paes de Almeida, devemos ter como premissa o fato de que a pessoa jurídica criada sob qualquer das formas previstas em lei objetivam exercer fins necessariamente lícitos, conforme estabelece o art. 5º, XVII da Constituição Federal a “liberdade de associação para fins lícitos”, logo inviabilizando as associações que resultem em infringir a ordem jurídica e os bons costumes¹³.

Corroborando com esse entendimento, o autor destaca também o disposto no art. 115 da Lei de Registros Públicos:

Art. 115: Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes¹⁴.

Apesar de rigorosas normas legais contra a criação de empresas no intuito de praticar atos ilícitos, abusivos ou fraudulentos, temos que isso ainda ocorra com certa frequência quando sócios se utilizam da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para se beneficiarem frente a terceiros através da “máscara” da personalidade jurídica da empresa.

Devido à má utilização da personalidade jurídica por alguns, criou-se a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica ou *Disregard Doctrine*, tendo como

¹²BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Revoga a Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

¹³ALMEIDA, 2004, p. 134.

¹⁴BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

finalidade de se penetrar na essência da personalidade atribuída pelo ordenamento jurídico e assim atingir os sócios e administradores para responsabilizá-los por aqueles atos lesivos praticados em nome da sociedade empresária.

Ressalte-se que, a pessoa jurídica alvo da desconsideração da personalidade continuará existindo, pois a teoria em questão não tem por objetivo anular a pessoa jurídica ou atribuir-lhe ineficácia. Mas, sim, apenas responsabilizar os sócios ou administradores que agirem de maneira abusiva ou fraudulenta, prejudicando a empresa e terceiros em benefício próprio, de modo que a pessoa jurídica que estiver regularmente constituída continuará existindo no mundo jurídico de válida e podendo dar continuidade as suas atividades.

Outro fator a que se deve estar atento é para o fato de não confundir a desconsideração da personalidade jurídica com as hipóteses em que a pessoa jurídica fora constituída irregularmente, esta na qual nem mesmo lhe será atribuída a personalidade. Contrariamente a essa hipótese é que aplicamos a *disregard doctrine*, onde busca-se atingir os sócios-administradores ou seus bens devido a utilização abusiva ou fraudulenta da sociedade empresária.

Thereza Nahas destaca que:

A autonomia patrimonial é, assim, uma das mais importantes consequências da personalização, permitindo que sócios e administradores sejam considerados, em suas relações com a sociedade e com terceiros, como pessoas estranhas, a ponto de isentá-los de responsabilidades sociais.

Portanto, o abuso no manejo das pessoas jurídicas por seus sócios ou administradores traz a possibilidade de se responsabilizar pessoalmente seus dirigentes, penetrando-se, desconsiderando-se, ou, simplesmente, levantando o véu da pessoa jurídica, a fim de atingir-lhes, uma vez que somente se sacrifica um bem jurídico por outro desde que este possa trazer maiores benefícios, fundamento esse da própria personalização legal¹⁵.

Devemos destacar que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica ou *Disregard Doctrine* é amplamente utilizada pelos tribunais estrangeiros (alemão, americanos, argentinos e ingleses).

¹⁵NAHAS, Thereza. Desconsideração da Pessoa Jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 25

Podemos destacar dois casos de grande notoriedade na aplicação dessa Teoria e que acabaram por resultar no início dos estudos sobre ela, que foram:

Os casos do *Bank of United States v. Deveaux*, em que o Juiz Marshall manteve a jurisdição das cortes federais sobre as *corporations* (Constituição Americana, art. 3, seção 2, que reserva a tais órgãos judiciais as lides entre cidadãos de diferentes estados). Ao fixar a competência acabou por desconsiderar a personalidade jurídica, sob o fundamento de que não se tratava de sociedade, mas sim de “sócios contentores”.

O segundo caso que citamos concerne ao ocorrido na Inglaterra (*Salomon v. Salomon & Co.*) que, ao contrário do indigitado, não foi o pioneiro. De toda sorte, tal julgado delineou o instituto da desconsideração. Aaron Salomon com mais de seis membros da família criou uma company, em que cada sócio era detentor de uma ação, reservando 20.000 ações a si, integralizando-as com o seu estabelecimento comercial, sendo certo que Aaron Salomon já exercia mercancia, sob a forma de firma individual. Os credores oriundos de negócios realizados pelo comerciante individual Aaron Salomon viram a garantia patrimonial restar abalada em decorrência do esvaziamento de seu patrimônio em prol da *company*. Com esse quadro, o juízo de primeiro grau declarou fraude com o alcance dos bens do sócio Aaron Salomon. Ressalta-se, entretanto que a *House of Lords*, reconhecendo a diferenciação patrimonial entre a companhia e os sócios, não identificou nenhum vício na sua constituição, reformou a decisão exarada.

Por fim, podemos concluir que a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica vem sendo aplicada pelos tribunais estrangeiros e brasileiros, de modo que sua aplicação é baseada na utilização abusiva ou fraudulenta, devendo ser apenas consagrada para casos excepcionais, e não para os casos em que o devedor simplesmente não tem capacidade de cumprir com suas obrigações com credores.

2.2 Das Bases Legais e Doutrinárias

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, já vem sendo utilizada no sistema jurídico brasileiro, em especial pela Justiça do Trabalho, por muito tempo, conforme posição jurisprudencial e doutrinária, e segundo diversos autores de grande gabarito, teria como marco legislativo o art. 2º, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas, que dispõe:

Art. 2º. Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas¹⁶.

No entanto, este posicionamento não deve prosperar, ante a interpretação do artigo 2º, parágrafo 2º, da CLT, uma vez que meramente atribui uma responsabilidade solidária entre as empresas que fazem parte de um mesmo grupo econômico, e que a teoria em questão é baseada doutrinária e jurisprudencial no sobrepujamento da autonomia patrimonial, objetivando evitar abuso de direito e fraude cometidas por sócios e administradores que atuem manipuladores da pessoa jurídica com finalidade de atender interesses próprios. Sendo assim, um melhor entendimento acerca desse dispositivo, pode ser encontrado no posicionamento de Thereza Nahas:

Quando a Consolidação das Leis do Trabalho diz que as empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico serão, para efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis pelas obrigações trabalhistas assumidas por uma delas, não está estabelecendo uma situação de desconsideração da personalidade jurídica. Ao contrário, está criando uma situação de desconsideração da personalidade solidária. Somente é cabível falar em desconsideração da personalidade jurídica quando a responsabilidade pelo ato não puder ser imputada diretamente ao sócio, administrador ou qualquer outra pessoa jurídica. Ou seja, somente terá pertinência falarmos em se desconsiderar a pessoa jurídica quando a personalidade que a lei lhe atribui é obstáculo 'a consecução dos fins a que se destinam, ou essa personalização desviar-se dos fins sociais para o qual foi suportada e aceita pelo direito. Caso contrário, não há razão para se aplicar o instituto da desconsideração, pelo simples fato de que a própria lei permite a responsabilização direta do sócio ou administrador, sem qualquer necessidade

¹⁶BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

de se comprovar desvio, fraude ou qualquer das situações previstas nas disposições legais¹⁷.

Além disso, podemos destacar que a *Disregard doctrine*, teve como marco legislativo pioneiro o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990), em seu art. 28, que estabelece:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores¹⁸.

Posteriormente, foi regulamentada a Lei n. 12.529/2011, conhecida como Lei Antitruste que em seu art. 34 dispõe:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

¹⁷NAHAS, 2007, p.57.

¹⁸BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração¹⁹.

No ano de 1998, fora promulgada a Lei nº 9.605 de 1998, tida como lei sobre responsabilidade por danos ao meio ambiente, dispondo em seu art. 4º, que:

Art. 4º. Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente²⁰.

Em 2002, o novo Código Civil (Lei nº 10.406), em seu art. 50 estabelece de maneira clara a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, ao dispor:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica²¹.

A superação da autonomia patrimonial das empresas deve se dar quando ela representar um obstáculo a reparação de danos causados ou obrigações inadimplidas pelas empresas forem fundadas na manipulação das mesmas pelos sócios ou administradores para lesar interesses de terceiros, e quando seus atos representarem situações de abuso ou fraude a lei ou ao contrato social da sociedade empresária e, por consequência, a quebra do princípio da boa-fé, conforme defeso pela melhor doutrina.

Outro diploma que merece atenção é a Lei n. 10672 de 2003, que trouxe uma nova redação para a Lei n. 9.615 de 1998, que trata sobre esporte, em seu

¹⁹BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

²⁰BRASIL. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

²¹BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Revoga a Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

artigo 27:

Art. 27. As entidades de prática desportiva participantes de competições profissionais e as entidades de administração de desporto ou ligas em que se organizarem, independentemente da forma jurídica adotada, sujeitam os bens particulares de seus dirigentes ao disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, além das sanções e responsabilidades previstas no caput do art. 1.017 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, na hipótese de aplicarem créditos ou bens sociais da entidade desportiva em proveito próprio ou de terceiros²².

Após demonstradas as previsões legais sobre a desconsideração da personalidade jurídica, temos que existem diversos casos em que a teoria em questão é aplicada erroneamente, pois o aplicador do direito busca responsabilizar os sócios ou administradores em algumas situações que representem uma lesão à direitos de terceiros e com isso acabam fazendo uma leitura equivocada sobre as situações em que a superação da personalidade da pessoa jurídica para com situações diversas previstas em outras normas legais que preveem a responsabilização dos sócios e administradores.

Nesse contexto, destaca-se que a *disregard doctrine* deve ser utilizada conforme os dispositivos legais supracitados, e em especial adequar-se ao que fora normatizado no art. 50 do Código Civil. No entanto, o ato é tomado conforme as vontades intrínsecas dos sócios ou administradores, estes que manipulando a pessoa jurídica, objetivam cometer abusos de direito e fraudes a fim de prejudicar terceiros que se relacionam de boa-fé em suas negociações, e lesar a própria empresa. Logo, são nesses casos em que se deve colocar de lado a personalidade da pessoa jurídica e sua autonomia patrimonial para assim atingir os bens dos sócios e administradores que a manipulam.

A fim de demonstrar o momento em que deve ser utilizada a desconsideração da personalidade jurídica, vale trazer o entendimento de Thereza Nahas:

Se existir prova de que houve excesso de poder praticado em virtude da má utilização da pessoa jurídica, a situação será de desconsideração da pessoa

²²BRASIL. Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003. Altera dispositivos da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.672.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

jurídica, cuja decretação poderá ocorrer no momento da sentença final, já que o autor delimitou seu pedido e causa de pedir nesse fato, ou reconhecimento, mesmo de ofício, pelo juiz, a qualquer momento dentro do processo²³.

Sendo assim, não se pode desconsiderar a pessoa jurídica quando não for caracterizada a má utilização da empresa e for constatado excesso de poder pelo administrador ou sócio, situação em que se deverá ser pedido a declaração de responsabilidade solidária entre a pessoa jurídica e o administrador.

Devemos atentar ainda para a construção jurisprudencial que vem expandindo a aplicação da *Doctrine of Disregard of Legal Entity*, prevista no art. 50 do Código Civil, para situações em que é possível o afastamento da autonomia patrimonial das sociedades para assim atingi-las quando constatado que os sócios e/ou administradores praticarem atos com abuso de poder, promoverem confusão patrimonial, no qual adquirem bens para uso próprio em nome da sociedade para esvaziarem os bens de seus nomes, o que levaria à impossibilidade de ressarcimento dos credores quando os indivíduos assumirem obrigações e não as adimplirem. Logo, nesse caso a jurisprudência criou o conceito da desconsideração da personalidade jurídica inversa e explicitado doutrinariamente pelo prof. Fabio Konder Comparato, da qual se extrai o seguinte ensinamento:

Aliás, a desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no Documento: 10814695 - RELATÓRIO E VOTO - Site certificado, páginas 8 de 11 no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também em sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador. A jurisprudência americana, por exemplo, já firmou o princípio de que os contratos celebrados pelo sócio único, ou pelo acionista largamente majoritário, em benefício da companhia, mesmo quando não foi a sociedade formalmente parte do negócio, obrigam o patrimônio social, uma vez demonstrada a confusão patrimonial de facto²⁴.

Logo, são os elementos probatórios da desconsideração da personalidade jurídica: I) confusão patrimonial entre os bens da sociedade e dos sócios; II) utiliza-

²³NAHAS, 2007, p.56

²⁴COMPARATO, Fabio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 267.

ção da pessoa jurídica com objetivo de fraudar lei ou contrato e praticar abuso de direito em nome da sociedade para prejudicar terceiros; iii) encerramento da atividade empresária irregularmente no intuito de não cumprir com suas obrigações.

3. Posição do Superior Tribunal de Justiça - STJ

3.1 Da Diferença entre a Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Uso Abusivo da Desconsideração da Personalidade Jurídica

É de suma importância a análise não exaustiva de decisões de Tribunais Superiores que tratem sobre a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, de maneira que nos possibilite ter um direcionamento sobre a interpretação dada ao instituto jurídico analisado, a fim de se constatar ou não uma aplicação extensiva e abusiva desse conceito ao ponto de torná-lo mais um dos entraves existentes no ordenamento jurídico à realização de investimentos pelos empresários.

Sendo assim, é interessante descobrir se os tribunais superiores brasileiros vêm se posicionando conforme uma interpretação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica de maneira clássica ou restritiva, ou seja, apenas aplicando-a aos casos em que os sócios, agindo com abuso de poder ou contra lei ou contrato, se utilizam da personalidade da sociedade empresária e sua autonomia patrimonial como um escudo protetor aos seus bens para atenderem suas necessidades próprias e causarem prejuízos a terceiros. Se não, tem-se que tais órgãos podem estar seguindo um posicionamento mais extensivo da teoria da disregard doctrine, na qual se supera a personalidade jurídica sempre que for gerado algum dano a terceiros, não importando se a lesão foi proporcionada por atos abusivos, imorais, ou mesmo que proveniente do risco da atividade exercida.

Com isso, a jurisprudência vem demonstrando que o conceito de desconsideração da personalidade jurídica em diversos casos é aplicado de maneira indevida, o que representa um problema para os empresários, pois seu patrimônio pessoal passa a estar em risco de ser afetado, indevidamente, uma vez que em alguns casos o inadimplemento das obrigações por eles assumidas em nome das empresas deve ter sua execução restrita ao valor do capital social por terem sido contraídas em conformidade com lei ou contrato e sem abuso de poder, ou seja, no mero exercício do seu poder para realizar atos de gestão, e assim respeitando o fato de as empresas apresentarem uma personalidade autônoma e diversa da personalidade dos sócios empresários ou administradores.

Por fim, o quadro sinótico abaixo demonstra algumas características básicas para aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica ou sua utilização de forma abusiva a lei (art. 50, CC) que deverá ser aplicado concomitantemente a outros dispositivos legais específicos.

Resumindo a questão, tem-se:

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	USO ABUSIVO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
Aplica-se excepcionalmente; casuisticamente;	Ocorrerá sempre que a empresa não tiver bens suficientes para adimplir suas obrigações;
Quando constatado ter ocorrido abuso de direito, confusão patrimonial, violar lei ou contrato, objetivando prejudicar terceiros (configuração objetiva);	Sempre que sua aplicação for baseada na impossibilidade da empresa cumprir com suas obrigações, por insuficiência de bens para serem liquidados; Obs: Não se pode aplicar os art. 2º, CLT e art. 28, CDC isoladamente ao art. 50, CC.
Teoria Maior;	Teoria Menor;
Não necessita da ação autônoma para que possa ser aplicada, podendo ser aplicada a requerimento ou de ofício pelo juiz;	Não necessita de ação autônoma para que possa ser aplicada, podendo ser aplicada a requerimento ou de ofício pelo juiz;
Deve-se intimar e abrir prazo de defesa ao polo passivo;	Não é concedido ao polo passivo da desconsideração prazo para defesa e nem o notifica da desconsideração;
Não basta a dissolução irregular da empresa ou finalização da atividade empresária sem baixa na Junta Comercial para que seja aplicada a Desconsideração da Personalidade Jurídica, necessário se faz o intuito de fraudar e lesionar terceiros;	Bastaria a dissolução irregular da empresa para que fosse aplicada a desconsideração da personalidade jurídica. Nesse caso, a dissolução irregular da sociedade acabaria sendo uma das hipóteses para desconsiderar a pessoa jurídica da empresa. Não necessitaria de comprovação do intuito de fraude e lesão a terceiros;

Desconsiderada a pessoa jurídica, a inserção no patrimônio dos sócios não ficaria restrita ao valor das suas quotas ou valor das ações.	Desconsiderada a pessoa jurídica, a inserção no patrimônio dos sócios não ficaria restrita ao valor das suas quotas ou valor das ações.
---	---

3.2 Dos Julgados do Superior Tribunal de Justiça

Conforme estudo não exaustivo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça através de pesquisa de “abuso na desconsideração da personalidade jurídica”, ficou evidente que o Colendo Tribunal vem admitindo a aplicação da *disregard doctrine* e seguindo o disposto no art. 50 do Código Civil, que diz:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica²⁵.

Com base nas decisões dos Ministros do Tribunal Superior em questão, a superação da personalidade jurídica poderá ser aplicada, excepcionalmente, quando verificada que os sócios ou administradores das sociedades se utilizam as mesmas para lesionar direitos de terceiros, violar lei ou descumprimento de contrato, de modo que fica provada a adoção da Teoria Maior da Desconsideração da Pessoa Jurídica, a qual apenas pode ser aplicada quando demonstrada faticamente que a pessoa jurídica da sociedade empresarial foi utilizada como “escudo” para a realização de atos contrários ‘a ordem jurídica para violar direitos de alguns em face do benefício das pessoas físicas que a dirigem.

A fim de destacar alegação de um posicionamento melhor alinhado à realidade, vale trazer o trecho da ementa do voto do Ministro Luis Felipe Salomão no Recurso Especial 2004.0140247-0, julgado pela Quarta Turma do STJ, que diz:

²⁵BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Revoga a Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a “teoria maior” acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração²⁶.

Outra passagem do voto do referido ministro merece destaque:

Isso porque não encontra suporte jurídico no direito brasileiro a chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual bastaria a insuficiência de bens da sociedade para que os sócios fossem chamados a responder pessoalmente pelo passivo da pessoa jurídica.

Na verdade, embora a jurisprudência pátria dispense ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial (Fábio Konder Comparato, RT 1976: 292), é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a “teoria maior” da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a ocorrência objetiva de tais requisitos para sua configuração²⁷.

Não obstante o entendimento de doutrinadores e jurisprudência dos tribunais de justiça inferiores, a jurisprudência do STJ possibilita esclarecer que a mera dissolução irregular da sociedade empresária não constitui uma presunção de fraude pelos sócios, não podendo ser entendida como um requisito que possibilitaria a decretação da desconsideração da personalidade jurídica porque ainda cabe ao requerente ou ao juiz de ofício demonstrar que a sociedade fora utilizada de maneira a prejudicar direitos de terceiros, violar lei ou disposição contratual, conforme fica claro na ementa:

COMERCIAL, CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO PADEÇA

²⁶Recurso Especial 2004.0140247-0, julgado pela Quarta Turma, Ministro Luis Felipe Salomão.

²⁷Recurso Especial 2004.0140247-0, julgado pela Quarta Turma, Ministro Luis Felipe Salomão.

DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DECLARAÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ABUSO. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADE SEM BAIXA NA JUNTA COMERCIAL. CIRCUNSTÂNCIA INSUFICIENTE À PRESUNÇÃO DE FRAUDE OU MÁ-FÉ NA CONDUÇÃO DOS NEGÓCIOS. ARTS. 592, II E 596 DO CPC. NORMAS EM BRANCO, QUE NÃO DEVEM SER APLICADAS DE FORMA SOLITÁRIA. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR E DO CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. SÓCIOS NÃO RESPONDEM PELO PREJUÍZO SOCIAL. PRECEDENTES. O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios²⁸.

Vale deixar claro que não se aplica a ideia de que a disregard doctrine, a “invasão” ao patrimônio dos sócios e/ou administradores não poderá ser limitada ao valor correspondente de suas quotas ou ao valor de suas ações, pois caso tal posicionamento viesse a ser entendido como possível, poria a baixo todos os anos de discussão e de construção que se passaram para que a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica fosse tida como madura.

Outras decisões do Colendo Superior Tribunal de Justiça servem como base para a aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica:

O caso em tela trata-se de uma ocorrência de um dano durante uma relação de consumo, na qual o autor buscou obter uma indenização pelos danos sofridos junto ao poder judiciário, este que posicionou-se conforme o pedido do autor. Contudo, quando no momento da execução o autor não teve êxito em ver seu crédito adimplido, o que o levou a propor a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica frente ao réu para atingir os bens de seu sócio, pedido que fora atendido pelo judiciário local. O réu -sócio devedor- apresentou penhora e apresentou recurso alegando que o valor a ser cobrado através da desconsideração da personalidade jurídica deve ficar limitado ao valor de suas quotas sociais²⁹.

²⁸REsp 876974 / SP, Recurso Especial 2006/0180671-8. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - Terceira Turma.

²⁹REsp 1169175 / DF, Recurso Especial 2009/0236469-3. Relator Ministro Massami Uyeda (1129) órgão julgador - Terceira Turma.

O judiciário local, novamente, se manifestou a favor da desconsideração da personalidade jurídica como pedido pelo autor da ação e que a execução nesse caso em nada deve ficar restrita aos valores respectivos da quota social que o réu detém da empresa ré. Entendimento também defendido pelo Tribunal local e pelo STJ.

Quanto a este último tribunal, podemos destacar que o relator do caso entende que a Teoria da Disregard Doctrine deve ser aplicada apenas em situações excepcionais quando verificado o abuso da personificação jurídica, consubstanciado em excesso de mandato, desvio de finalidade da empresa, confusão patrimonial entre a sociedade ou os sócios, ou, ainda, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência desta Corte Superior, nas hipóteses de dissolução irregular da empresa, sem a devida baixa na junta comercial, esta última posição é discutível conforme análise da jurisprudência do STJ.

O *decisum* também esclarece que a superação da pessoa jurídica não importa em dissolução da pessoa jurídica, mas se constitui apenas em um ato de efeito provisório, decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no polo passivo da demanda, de meios processuais para impugná-la. Além disso, após a aplicação da teoria em estudo, a execução segue em direção aos bens dos sócios, conforme claramente expresso no art. 50 do CC, não havendo qualquer restrição da execução, de modo que a execução não deve estar limitada ao valor das quotas sociais, sob pena de que essa posição colocaria a superação da personalidade jurídica em ruínas frente seu objetivo que é evitar lesões aos direitos de terceiros por atos praticados pelos sócios administradores de empresas.

Desconsideração decretada em face do representante legal da empresa devido ao fato de segundo o tribunal a quo ter entendido que o representante legal da empresa agiu de forma contrária à Lei e ao estatuto social da instituição executado objetivando fraudar uma futura execução procedente do pleito cognitivo.

Nesse caso, mesmo que inicialmente o debate deveria se referir a responsabilização civil da sociedade empresária, o fato de o representante legal da empresa ter agido fraudulentamente ao violar lei e contrato social para inviabilizar uma futura execução do pleito cognitivo dar razão a aplicação da teoria da superação da personalidade jurídica. (art. 50, CC e art. 28, CDC).

Nesse caso, a *disregard doctrine* foi aplicada corretamente, pois constata-se haver confusão patrimonial entre bens do sócio e da empresa, na qual ape-

nas esta possui bens que são usados pelos sócios para fins próprios e não da sociedade, e aquela (sócio) não possui bem algum, assim é correto o uso da desconsideração da personalidade jurídica inversa porque o fato de apenas a sociedade empresária possuir bens e que se destinam ao uso pessoal dos sócios representa um bloqueio ao adimplemento das obrigações por eles contraídas através da execução processual devido a autonomia patrimonial da sociedade frente aos sócios³⁰.

Conforme o relator:

Destaca-se, por oportuno, que, a par de divergências doutrinárias, este Tribunal sedimentou o entendimento no sentido de ser possível a desconstituição da personalidade jurídica no bojo do processo de execução ou falimentar, independentemente de ação própria. Esse entendimento exsurge da própria lógica conceitual inerente à formulação da Doctrine of Disregard of Legal Entity (Teoria de Desconsideração da Pessoa Jurídica)³¹.

A decisão também deixou claro que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada episodicamente, e que quando aplicada na modalidade inversa, a pessoa jurídica possui legitimidade para defesa de seus direitos.

O relator, em seu voto, deixou claro que o STJ reconhece a aplicação da modalidade inversa da *disregard doctrine*, mesmo que o art. 50, CC não dispor sobre essa possibilidade ao classificá-la como:

Art. 50. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio³².

³⁰REsp 948117 / Ms em Recurso Especial 2007/0045262-5 Relator(A) Ministra Nancy Andrighi (1118) Órgão Julgador - Terceira Turma.

³¹REsp 1.036.398/RS, 3ª Turma, DJe de 03.02.09; EDcl no REsp 228.357/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 02.05.2005; REsp 1.071.643/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 13.04.2009; REsp 331.478/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, Dj de 20.11.2006.

³²BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Revoga a Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

Conquanto a consequência de sua aplicação seja inversa, sua razão de ser é a mesma da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita: combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Em sua forma inversa, mostra-se como um instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica sobre o qual o devedor detém controle, evitando com isso a execução de seu patrimônio pessoal.

Para a Min. Nancy Andrigli, é possível a aplicação da desconsideração da pessoa jurídica inversamente com base na interpretação teleológica do art. 50 do CC, visto que este dispositivo objetiva evitar que ocorram abusos de direito e fraude contra credores e devido a sua própria aplicação que era dada anteriormente ao Código Civil de 2002. Contudo, a referida Ministra evidenciou a necessidade de aplicar-se cuidadosamente esta modalidade, no qual vale transcrever passagem de seu voto:

Primeiramente, porque não se pode olvidar que o sentido operativo da teoria da desconsideração está intimamente ligado com o fomento à atividade econômica, porquanto o ente societário representa importante gerador de riquezas sociais e empregos. Se por um lado a distinção entre a responsabilidade da sociedade e de seus integrantes serve de estímulo à criação de novas empresas, por outro visa também preservar a pessoa jurídica e a manutenção de seu fim social, que seria fadada ao insucesso se fosse permitido, descriteriosamente, responsabilizá-la por dívidas de qualquer sócio, ainda que titular de uma parcela ínfima de quotas sociais. Por óbvio, somente em situações excepcionais em que o sócio controlador se vale da pessoa jurídica para ocultar bens pessoais em prejuízo de terceiros é que se deve admitir a desconsideração inversa³³.

Por fim, o julgado destaca que o art. 50 do CC, demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica, devendo ser aplicada excepcionalmente, assim como sua modalidade inversa.

FALÊNCIA. ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JU-

³³REsp 876974 / SP Recurso Especial 2006/0180671-8, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - Terceira Turma.

RÍDICA (DISREGARD DOCTRINE). TEORIA MAIOR. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. RECURSO PROVIDO. 1. A teoria da desconconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei n. 9.605/98, art. 50 do CC/02, dentre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas. 2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a “teoria maior” acerca da desconconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração. 3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal a quo por “possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada”, o que, à toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios. 4. Recurso especial conhecido e provido³⁴.

Com relação ao caso em tela, temos que se trata da decretação da desconconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresarial controlada, a fim de atingir bens de seus administradores, pelo fato de a controladora ter falido. Destaca-se ainda que os réus recorreram da decisão, mas o Tribunal local entendeu por manter a desconconsideração com base no art. 71 da Lei de Falências, apenas sob análise teórica da aplicação do dispositivo citado quando deve-se aplicá-lo sempre conforme estudo prático dos casos para que possa se caracterizar tal hipótese.

Os réus novamente se insurgiram contra o acórdão do Tribunal opondo recurso especial e extraordinário, por entenderem terem sido violados a lei federal e o

³⁴REsp 693235 / MT Recurso Especial 2004/0140247-0 Relator(A) Ministro Luis Felipe Salomão (1140) Órgão Julgador - Quarta Turma.

contraditório, e ainda apontando como paradigma o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, alusivo à tese segundo a qual “ainda que haja indícios de fraude impõe-se a instauração do devido processo legal, para decretar-se a desconsideração da personalidade jurídica e tornar indisponíveis os bens da sociedade e de seus sócios”. (fl. 119), e tiveram seus recursos conhecidos.

O Ministro Luis Felipe Salomão destaca que no caso em questão não cabe a aplicação do art. 71 da Lei de Falências, pois os autores do presente recurso não se enquadram como sócios solidários da sociedade falida, de modo que não cabe a imputação de responsabilidade pelos débitos da empresa aos mesmos.

Com relação a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o Ministro deixa claro, assim como jurisprudência da Corte, que ela deve ser aplicada cautelosamente diante da previsão de autonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas, de forma que deve sempre ser feita a análise fática dos casos para ver se estão enquadrados nas hipóteses de confusão patrimonial, abuso de direito e violação de lei, deixando claro que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a “Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica” e nesse sentido vale destacar parte do seu voto que diz “Isso porque não encontra suporte jurídico no direito brasileiro a chamada “teoria menor” da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual bastaria a insuficiência de bens da sociedade para que os sócios fossem chamados a responder pessoalmente pelo passivo da pessoa jurídica.”

Ainda nesse sentido, elucida o referido Ministro, em outra parte de seu voto, como se aplica a *disregard doctrine*:

Na verdade, embora a jurisprudência pátria dispense ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a “teoria maior” da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a ocorrência objetiva de tais requisitos para sua configuração.

De outra parte, a desconsideração da pessoa moral opera-se de forma episódica, não havendo, verdadeiramente, um desfazimento da personalidade jurídica.

³⁵Comparato, 2008, 292.

Somente após a análise dos vícios do caso concreto - e especialmente para o caso concreto -, o juiz pode desconsiderar a pessoa jurídica e atingir a pessoa natural dos sócios³⁵.

Por fim, destaca-se que o Ministro entendeu por conhecer e dar provimento ao recurso especial, sob a alegação de que não cabe aplicação da superação da personalidade jurídica porque não restou configurada a existência de indícios de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial. Além disso, entendeu-se também por não ser possível a aplicação do art. 71 da Lei 11.101/05 pelo fato de os autores do RESP não se enquadrarem na posição de sócios solidários.

COMERCIAL, CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE DE QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO PADEÇA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DECLARAÇÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE ABUSO. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADE SEM BAIXA NA JUNTA COMERCIAL. CIRCUNSTÂNCIA INSUFICIENTE À PRESUNÇÃO DE FRAUDE OU MÁ-FÉ NA CONDUÇÃO DOS NEGÓCIOS. ARTS. 592, II E 596 DO CPC. NORMAS EM BRANCO, QUE NÃO DEVEM SER APLICADAS DE FORMA SOLITÁRIA. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. AUSÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO IRREGULAR E DO CAPITAL SOCIAL INTEGRALIZADO. SÓCIOS NÃO RESPONDEM PELO PREJUÍZO SOCIAL. PRECEDENTES.

- Mesmo se manejados com o intuito de prequestionamento, os embargos declaratórios devem cogitar de alguma hipótese de omissão, contradição ou obscuridade, sob pena de rejeição.

- A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato.

- O simples fato da recorrida ter encerrado suas atividades operacionais e ainda estar inscrita na Junta Comercial não é, por si só, indicativo de que tenha havido fraude ou má-fé na condução dos seus negócios.

- Os arts. 592, II e 596 do CPC, esta Turma já decidiu que tais dispositivos contêm norma em branco, vinculada a outro texto legal, de maneira que não podem - e não devem - ser aplicados de forma solitária. Por isso é que em ambos existe a expressão “nos termos da lei”.

- Os sócios de empresa constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada não respondem pelos prejuízos sociais, desde que não tenha havido administração irregular e haja integralização do capital social. Recurso especial não conhecido³⁶.

O caso do julgado aprecia-se que a recorrente interpôs recurso a fim de ter a decretação da superação da personalidade jurídica da empresa que não adimpliu com obrigações determinadas em juízo em razão de acidente de trânsito, uma vez que no momento da execução o oficial de justiça não encontrou bens suficientes para adimplir com a obrigação através da penhora. Além disso, ficou evidente que a empresa inadimplente havia encerrado suas atividades comerciais, mas ainda mantinha registro em aberto na Junta Comercial de São Paulo, o que configuraria um encerramento da atividade de forma irregular e que se segundo o recorrente daria ensejo a desconsiderar a pessoa jurídica da recorrida.

A Ministra Nancy Andrichi, em seu voto no tocante à desconsideração da personalidade jurídica especifica o entendimento do Colendo STJ no sentido de que, conforme o disposto no art. 50 do CC, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não basta à existência de um dano provocado pela sociedade ou pelo sócio ou de uma dívida por qualquer deles assumida. A pessoa jurídica tem existência própria, distinta das pessoas físicas que a compõem, e tem, imanente, o princípio da autonomia patrimonial, de sorte a, via de regra, não permitir a confusão entre seus bens e aqueles de seus sócios.

A excepcional penetração no âmago da pessoa jurídica, com o levantamento do manto que protege essa independência patrimonial, exige a presença do pressuposto específico do abuso da personalidade jurídica, com a finalidade de lesão a direito de terceiro, infração da lei ou descumprimento de contrato. Em outras palavras, há de se ter presente a efetiva manipulação da autonomia patrimonial da sociedade em prol de terceiros³⁷.

A insuficiência de capital social para cumprir com a obrigação inadimplida não é requisito para decretação da desconsideração da personalidade jurídica. Estan-

³⁶REsp 876974 / SP Recurso Especial 2006/0180671-8, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - Terceira Turma.

³⁷STJ - REsp n. 876974/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJU. 27.08.2007..

do o capital social integralizado, os sócios não respondem pelas dívidas sociais, salvo abuso na administração ou confusão patrimonial³⁸.

Torna-se demonstrado no caso que mesmo a empresa tendo sido encerrada sem dar baixa na Junta Comercial, foi possível encontrá-la e conseguiu-se obter bens a penhora como forma de garantir o juízo, o que segundo o Tribunal a quo e segundo o STJ, faz com que não se possa alegar que houve fraude ou má-fé na condução dos negócios.

Além disso, podemos extrair do voto o entendimento de que quando o tribunal não entender ter ocorrido nenhuma das hipóteses presentes no art. 50 do CC através de sua análise fática do caso, o STJ não poderia reverter o acórdão recorrido, visto que o Colendo STJ apenas pode tratar e julgar questões de direito.

Por fim, o voto deixa claro que não cabe a alegação de que sendo o patrimonial da recorrida insuficiente para cumprir com suas obrigações, o tribunal a quo e o STJ ficam impedidos de autorizar a realização de execução dos bens dos sócios pelo fato de a empresa ter sido constituída sob a forma de sociedade limitada e que é comprovado que o capital social está totalmente integralizado.

3. A desconsideração da pessoa jurídica, mesmo no caso de grupos econômicos, deve ser reconhecida em situações excepcionais, onde se visualiza a confusão de patrimônio, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores. No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. Separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico (Acórdão a quo).

4. Pertencendo a falida a grupo de sociedades sob o mesmo controle e com estrutura meramente formal, o que ocorre quando diversas pessoas jurídicas do grupo exercem suas atividades sob unidade gerencial,

³⁸Idem.

laboral e patrimonial, é legítima a desconsideração da personalidade jurídica da falida para que os efeitos do decreto falencial alcancem as demais sociedades do grupo. Impedir a desconsideração da personalidade jurídica nesta hipótese implicaria prestigiar a fraude à lei ou contra credores. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz, incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletiva), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros (RMS nº 12872/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ de 16/12/2002)³⁹.

O caso em tela trata-se de empresa em liquidação extrajudicial que não possui totalidade de bens capaz de solver todas suas obrigações. Dessa forma, o juízo a quo entendeu estarem presentes os pressupostos necessários para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, excepcionalmente, também aos grupos econômicos, quando se visualizar confusão patrimonial, fraudes, abuso de direito e má-fé com prejuízo a credores.

Aqui vale destacar passagem do acórdão do Tribunal a quo e referendado pelo Exmo. Min. José Delgado, que diz:

No caso sub judice, impedir a desconsideração da personalidade jurídica da agravante implicaria em possível fraude aos credores. A utilização de razões sociais distintas para a mesma empresa comercial não afasta a óbvia conclusão de que, na hipótese existe apenas uma só pessoa jurídica.

As empresas INTERUNION CAPITALIZAÇÃO S/A, INTERUNION TRADING S/A e controladora INTERUNION HOLDING S/A possuem sede no mesmo prédio, e se encontram sob o comando do mesmo grupo empresarial, com a mesma direção, cujos negócios eram conduzidos tendo em vista interesses desse grupo, e não os de cada uma das diversas sociedades.

³⁹REsp 767021 / RJ Recurso Especial 2005/0117118-7, Relator Ministro José Delgado (1105) Órgão Julgador - Primeira Turma.

Essa separação societária, de índole apenas formal, legitima a irradiação dos efeitos ao patrimônio da agravante com vistas a garantir a execução fiscal da empresa que se encontra sob o controle de mesmo grupo econômico.

O relator destacou também alegação feita pela Procuradoria da Fazenda como um indício de confusão patrimonial existente nas relações societárias da recorrente, vez que a incapacidade da recorrente solver seus compromissos emerge de forma incontestável, bastando considerar o montante em cobrança com o total de bens não conhecidos. E por fim, o relator seguindo posicionamento jurisprudencial da Corte, entendeu que a legislação e jurisprudência serem coerentes com o acórdão recorrido e negou provimento ao recurso especial.

Finalizando, destacamos que as jurisprudências sempre evidenciam o caráter excepcional da medida de desconsideração da personalidade jurídica, devendo estar o caso em conformidade com o disposto no art. 50 do Código Civil, representando assim a adoção da Teoria Maior da Desconsideração da Personalidade Jurídica na área cível, e não da Teoria Menor, pois não basta que o capital social seja insuficiente para cumprir com a obrigação inadimplida para a decretação da desconsideração da pessoa jurídica. Também se destaca nas decisões o fato de havendo confusão patrimonial, o levantamento do véu da pessoa jurídica não fica restrito a modalidade expressamente prevista no art. 50, CC, uma vez que o objetivo da norma é evitar que a pessoa jurídica seja utilizada indevidamente pelos sócios através de fraudes e abuso de direito contra credores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após análise feita acerca da doutrina e jurisprudência da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a aplicação da “Teoria Menor”, esta que prega pela superação da personalidade jurídica quando constatado que a sociedade empresária não possui bens suficientes para adimplir com suas obrigações de maneira que a forma de evitar prejuízos a credores e ter-

ceiros seria através da execução do patrimônio dos sócios. Dessa forma, no Brasil, como demonstrou-se a aplicabilidade da “Teoria Maior” na esfera cível, a qual prevê que a desconsideração da pessoa jurídica apenas pode ocorrer de maneira excepcional, quando ficar constatado ter ocorrido abuso de direito, confusão patrimonial, violar lei ou contrato, objetivando prejudicar terceiros.

Além disso, conforme a pesquisa jurisprudencial realizada, segundo o Superior Tribunal de Justiça, a mera dissolução irregular da sociedade empresária não seria o suficiente para a aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica, pois mesmo nesses casos fica evidente a necessidade de ser constatado o intuito dos sócios de prejudicar terceiros ao impossibilitar a persecução ao adimplemento das obrigações através da execução dos bens sociais.

Na análise da jurisprudência do STJ, verificou-se que a defesa alegava em diversos casos que a desconsideração da personalidade jurídica deveria ficar restrita ao valor das quotas dos sócios ou ao valor das ações que possuem, no entanto, observa-se que tal possibilidade é estritamente vedada porque seu conhecimento colocaria abaixo a correta aplicação da teoria da disregard doctrine e todos os anos de desenvolvimento dessa teoria. Logo, quando aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, ela deverá incidir sobre a totalidade dos bens dos sócios ou sobre o valor necessário para o adimplemento das obrigações pendentes.

O estudo também deixou claro que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica não necessita ser requerida através de ação autônoma, podendo ser feita através de requerimento da parte ou de ofício pelo juiz. Contudo, é importante ressaltarmos que em qualquer hipótese em que se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica, será necessário que o magistrado conceda àquele que sofreu a superação da pessoa jurídica o direito ao contraditório e a ampla defesa, sob pena de gerar uma nulidade processual.

Sendo assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplica a desconsideração da personalidade jurídica de maneira casuística, não sendo necessário que o pedido se dê por ação autônoma, pois basta requerimento da parte ou decretação de ofício pelo juiz, desde que comprovado o intuito de fraudar, o abuso de direito, a confusão patrimonial por

parte dos sócios das empresas contra terceiros. É imperiosa a necessidade de se garantir que os sócios tenham seu direito ao contraditório e a ampla defesa assegurados quando da aplicação da superação da personalidade jurídica.

O estudo também comprovou que, segundo os julgados do STJ, não bastaria a dissolução irregular das sociedades para que seja aplicada a desconsideração da personalidade jurídica, de maneira que sua aplicação apenas pode se dar quando ficar demonstrado o intuito lesivo dos sócios perante terceiros credores. E por fim, a jurisprudência destaca que sendo aplicada a disregard doctrine, não cabe alegação de que ela ficaria limitada ao valor das quotas dos sócios ou valor das ações, vez que isso representaria o fim dessa teoria que busca responsabilizar os sócios por atos realizados em nome da sociedade empresária objetivando unicamente beneficiar-se gerando lesões aos direitos de terceiros credores.

Com isso, após análise das doutrinas e jurisprudências, concluí-se que o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem aplicando de maneira correta a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica ao reconhecer seu caráter excepcional e que sua aplicação desvirtuada representaria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Amador Paes de. Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de

Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.101, 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.672, de 15 de maio de 2003. Altera dispositivos da Lei no 9.615, de 24 de março de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.672.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 set. 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1958.

NAHAS, Thereza. Desconsideração da Pessoa Jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

REQUIÃO, Rubens. Aspectos modernos de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 1977.

LISTA DE ACÓRÃOS ANALISADOS

PODER JUDICIÁRIO. Superior Tribunal de Justiça. REsp 881.330-SP / Recurso Especial 2004.0140247-0, Relator(A) Ministro Luis Felipe Salomão, (1140) Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. DJe 10/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. REsp 693235-MT / Recurso Especial 2004.0140247-0 Relator(A) Ministro Luis Felipe Salomão (1140) Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. DJe 10/11/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. REsp 767021-RJ / Recurso Especial 2005.0117118-7 Relator(A) Ministro José Delgado (1105) Órgão Julgador T1 - Primeira Turma. DJe 08/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. REsp 876974-SP / Recurso Especial 2006.0180671-8 Relator(A) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - Terceira Turma. DJe 18/06/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. REsp 948117-MS / Recurso Especial 2007/0045262-5 Relator(A) Ministra Nancy Andrichi (1118) Órgão Julgador T3 - Terceira Turma. DJe 21/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. REsp 1169175-DF / Recurso Especial 2009/0236469-3 Relator(A) Ministro Massami Uyeda (1129) Órgão julgador T3 - Terceira Turma. DJe 15/04/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. REsp 1.036.398-RS / Recurso Especial 2011/12998754-3 Relator(A) Ministro Massami Uyeda (1287) Órgão julgador T3 - Terceira Turma. DJe de 03/02/09. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

EDcl no REsp 228.357/SP, Recurso Especial 2003.00187623-9 Relator(A) Ministro. Castro Filho, (1111) Órgão julgador T3 - Terceira Turma. DJe de 02/05/2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. REsp 1.071.643/DF, Recurso Especial Relator(A) Ministro Luis Felipe Salomão, (1499) Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. DJe de 13/04/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. REsp 331.478/RJ, Recurso Especial 2003.0012574-8 Relator(A) Ministro. Jorge Scartezzini, (1265) Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. DJe de 20/11/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. MS 469/DF, Reg. n. 900006576-3, Relator(A) Ministro Vicente Cernicchiaro, 1ª Seção, v.u., DJe, 12/11/1990, Ementário de Jurisprudência do STJ, n. 3, Ementa n. 428, p. 172. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

_____. REsp 876974/SP, Recurso Especial 2005.0083749-0 Relator(A) Ministra Nancy Andrichi, (1648) Órgão Julgador T3 - Terceira Turma. DJe de 27/08/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

Artigo recebido em: 02.08.2013

Revisado em: 09.09.2013

Aprovado em: 21.10.2013

ARTIGOS - ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS

**JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
DA 1ª REGIÃO - ESTUDO DE CASO SOBRE A
IMPOSSIBILIDADE DE EXTRAÇÃO SUSTENTÁVEL
DOS DIAMANTES DAS RESERVAS INDÍGENAS**

***THE RONDÔNIA COURT TRIAL - A CASE STUDY ABOUT
THE INABILITY TO TO SUSTAINABLE
DIAMANTS EXTRACTION
OF INDIGENOUS RESERVES***

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes¹

Doutora em Direito

Instituto de Ensino Superior de Rondônia - Faculdades Associadas
de Ariquemes - Rondônia (RO) - Brasil

e

GPET Sustentabilidade

Grupo de Estudos, Pesquisas e Trabalho em Sustentabilidade
do IESUR/FAAr² - Composição mista Instituto de Ensino Superior de Rondônia³ /
Faculdades Associadas de Ariquemes (RO) - Brasil³

RESUMO: Segundo estudos da Companhia de Pesquisa e Recursos Minerais - CPRM -, órgão do Ministério das Minas e Energia, a Reserva Indígena Roosevelt é a única do Brasil que pode gerar uma mina industrial de diamantes de gema, tendo capacidade para produzir no mínimo um milhão de quilates de pedras preciosas por ano. De acordo com levantamentos da CPRM, já foram registrados no Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, por mineradoras do Brasil e do mundo, mais de 400 pedidos de licença de pesquisa na reserva Roosevelt. Contudo, a extração do kimberlito mineralizado, em terra indígena é ilegal e depende de regulamentação do Congresso. Novo Marco Civil para a Mineração está sendo discutido no Congresso Nacional, o que justifica o presente estudo. O objetivo geral é entender por que os pedidos de licença de pesquisas e lavra nas Reservas Indígenas são indeferidos administrativamente ou revogados judicialmente por

¹Doutora em Direito. Coordenadora do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES DIR e da Coordenação de Pesquisa e Extensão do Instituto de Ensino Superior de Rondônia - Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAr). Esta pesquisa é financiada pelo IESUR/FAAr na modalidade remuneração. Email: claudianunes@faar.edu.br.

²Endereço do Blog do Grupo de Estudos, Pesquisas e Trabalho em Sustentabilidade do IESUR/FAAr: <http://www.gpetsustentabilidade.blogspot.com.br>.

³Apresenta especial agradecimento à colaboradora do Grupo de Estudos, Pesquisas e Trabalho em Sustentabilidade do NUPES do IESUR FAAR, Profa. Ms. Rossana Marina De Seta Fisciletti, pela revisão do corpo do texto, organização e revisão das notas de rodapé desta análise de jurisprudência.

meio do estudo de julgados do TRF/1ª Região. Os objetivos específicos são: (I) compendiar os principais julgados proferidos pelo TRF/1ª Região sobre o tema; e (II) estudar a sustentabilidade ou não da mineração nas Reservas Indígenas. A metodologia empreendida no trabalho tem três abordagens: (I) teórica; (II) dados secundários; e (III) exploratória de julgados. O recorte espacial é a plataforma de consulta do TRF/1ª Região e o temporal refere-se ao ano de 2013.

Palavras chaves: Código de Mineração. Reserva Indígena. Sustentabilidade.

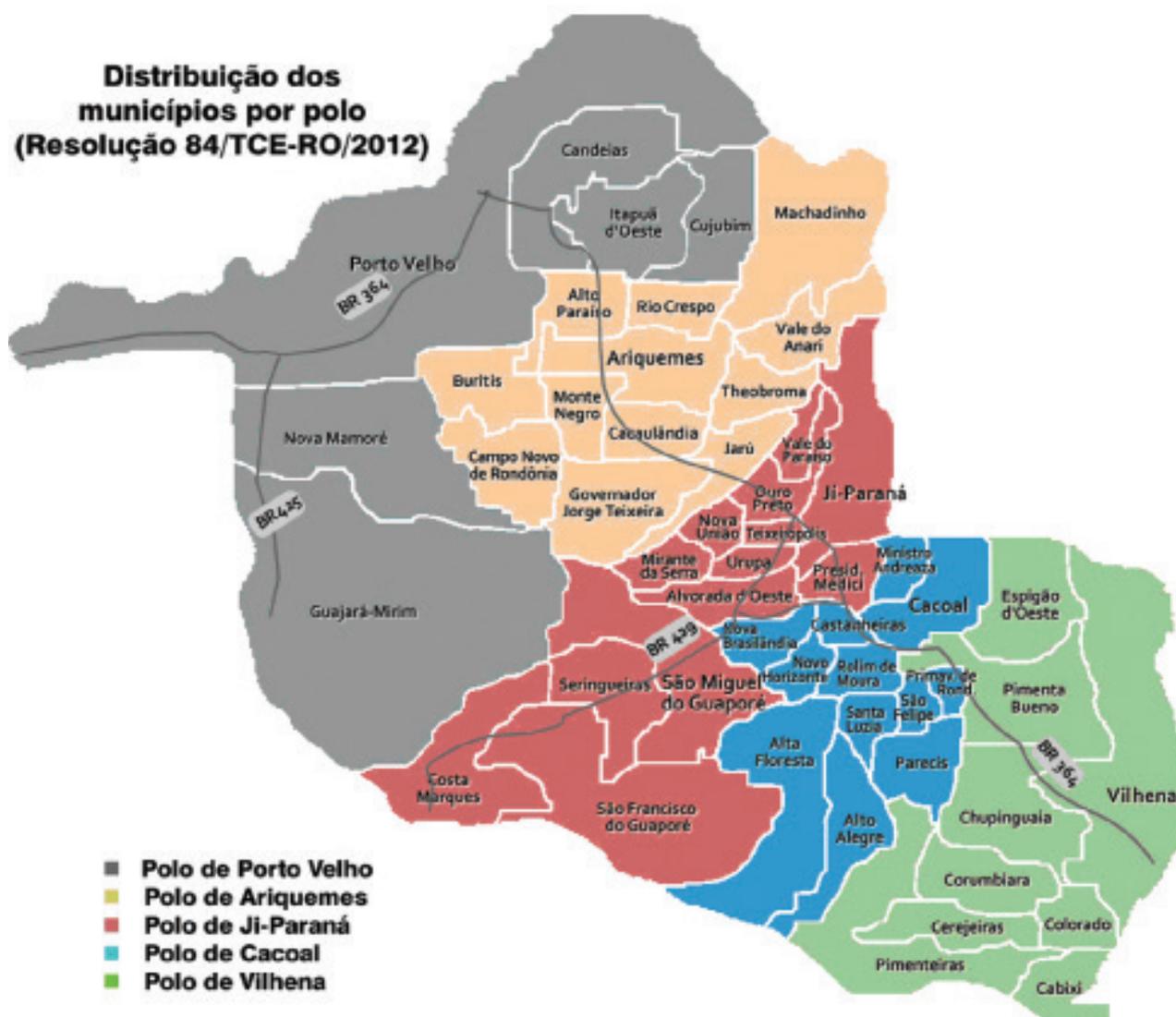
Abstract: According to studies by Research Company and Mineral Resources - RCMR - Agency of the Ministry of Mines and Energy, the Roosevelt Indian Reservation is the only one in Brazil that can generate an industrial diamond mine gem having the capacity to produce at least one million carats precious stones per year. According to surveys of RCMR more than 400 applications, by mining from Brazil and the world, for exploration license in the Roosevelt area have already been registered in the National Department of Mineral Production - NDMP. However, extraction of mineralized kimberlite in Indian land is illegal and will depend on regulation of Congress. New Civil Framework for Mining is being discussed in Congress, so it is justified to screen work. The overall goal is to understand why applications for exploration license in the Indian Reservation are dismissed administratively or repealed judicially by the judged. TRF1. Special objectives are: (i) epitomize the main cast by TRF1 judged on the topic, and (ii) study the appropriateness or otherwise of the mining sustainability at Indian Reservation. The methodology undertaken at work has three approaches: (i) theoretical, (ii) the secondary data, and (iii) the exploratory trial. The spatial area is the TRF1 platform for consulting and temporal refers to the year 2013.

Keywords: Mining Code. Indian Reservation. Sustainability.

INTRODUÇÃO

Rondônia é um Estado criado por força da Constituição Federal de 1988. Em 2012, passou a ter 52 municípios. O Estado é dividido em cinco polos regionais de desenvolvimento: Vilhena, Cacoal, Ariquemes e Porto Velho e Ji-Paraná.

A figura, a seguir, demonstra como se dá a divisão dos polos regionais de desenvolvimento no Estado de Rondônia:



Legenda: Mapa dos Polos Regionais dos municípios de Rondônia

Fonte: Relatório do Tribunal de Contas - Balanço de 2012⁴. Disponível em:

<<http://www.tce.ro.gov.br/noticia.aspx?id=4892>>. Acesso em: 12 de jul. 2013.

⁴A resolução estabelecendo os Polos foi publicada em 03/04/2012 no Diário Oficial Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado, a Resolução nº 84/TCE-RO/2012 que, entre outras medidas, incluindo a redistribuição dos 52 municípios nos polos regionais. Implantou o Polo Regional de Ariquemes e a criação de seis secretarias de controle para atuar em temas específicos no âmbito estadual - Saúde, Educação, Segurança, Poderes, Administração Indireta e Contas do Governo. A unidade técnica relativa à Segurança englobará, além da Secretaria de Estado de Segurança, Defesa e Cidadania (Sesdec), a de Justiça (Sejus), Assistência Social (Seas), Administração (Sead) e Desenvolvimento (Sedes), resultando, dessa forma, em respostas mais rápidas e imediatas às demandas dos jurisdicionados e, conseqüentemente, da sociedade rondoniense. Relatório do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Balanço de 2012. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/noticia.aspx?id=4892>>. Acesso em: 12 de jul. 2013.

A Reserva Indígena Roosevelt, de propriedade dos Índios Cintas-largas, está localizada no sul do estado de Rondônia, na cidade de Espigão do Oeste, Polo Regional de Vilhena, a cerca de 500 quilômetros de Porto Velho, capital de Rondônia. Cerca de 1.200 índios habitam a reserva formada por 2,7 milhões de hectares⁵.

Segundo estudos da Companhia de Pesquisa e Recursos Minerais - CPRM -, órgão do Ministério das Minas e Energia, realizados em 2010, a Reserva Indígena Roosevelt é o único lugar do Brasil onde pode ser instalada uma mina industrial de diamantes de gema tendo capacidade para produzir no mínimo um milhão de quilates de pedras preciosas por ano⁶.

O levantamento realizado pela CPRM apontou que o *kimberlito mineralizado* tem 1,8 bilhão de anos e uma capacidade de produção anual de, pelo menos, um milhão de quilates. Esse número coloca a Reserva Indígena Roosevelt entre as cinco maiores minas de diamantes do mundo⁷.

De acordo com levantamentos da CPRM, já foram registrados no Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, na qualidade de órgão do Ministério das Minas e Energia, mais de 400 pedidos de licença de pesquisa no entorno da reserva Roosevelt por mineradoras do Brasil e do mundo⁸. Estas licenças simulam a obediência das regras do Código de Minas⁹ para obter as licenças ilegais.

Contudo, por hora, a extração do o *kimberlito* mineralizado em terra indígena é ilegal¹⁰ e depende de regulamentação do Congresso, conforme o art. 231, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

O Novo Marco Civil para a Mineração¹¹ está sendo discutido no Congresso Nacional, o que justifica a presente pesquisa.

⁵MME - Ministério de Minas e Energia. Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/>>. Acesso em: 22 out. 2013.

⁶MME - Ministério de Minas e Energia. Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/>>. Acesso em: 22 out. 2013.

⁷A capacidade real somente poderá ser verificada com uma análise mais detalhada, o que ainda não foi feito, pois o garimpo está localizado em área indígena.

⁸MME - DNPM, op. cit., s/n.

⁹BRASIL. Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹⁰O serviço de inteligência da ABIN estima que US\$ 20 milhões de diamantes do Roosevelt saem ilegalmente do Brasil todos os meses. No auge do garimpo de diamantes (entre 2002 e 2004), muitos contrabandistas israelenses, belgas e canadenses, vieram para Espigão do Oeste, em busca de diamantes para serem revendidos fora do Brasil, principalmente na Europa, segundo a ABIN - ABIN - Agência Brasileira de Inteligência. Análise dos garimpos ilegais de kimberlito mineralizado na Reserva Indígena Roosevelt - RO. 2010. Disponível em: <http://www.abin.gov.br/modules/mastop_publish/?tac=Atividade_de_Intelig%EAncia>. Acesso em: 18 out. 2013.

¹¹MME - Ministério de Minas e Energia. Novo Marco Regulatório da Mineração: Projeto Institucional. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/sgm/menu/marco_regulatorio/marco_regulatorio_da_mineracao.html>. Acesso em: 22 out. 2013.

Objetivos

O objetivo geral é entender porque os pedidos de licença de pesquisa na Reserva Indígena, como na Roosevelt, são indeferidos administrativamente ou as licenças são revogadas judicialmente pelo Tribunal Regional Federal - 1ª Região - TRF/1ª Região.

Os objetivos específicos são: (I) compendiar os principais julgados proferidos pelo TRF/1ª Região sobre o tema para compreender a posição do Poder Judiciário Federal; e (II) estudar a possibilidade de sustentabilidade ou não da atividade extrativista de mineração nas Reservas Indígenas, diante das informações obtidas nos julgados contrapostos aos dados secundários apresentados pela: Agência Brasileira de Inteligência - ABIN e pelo Ministério de Minas e Energia - MME.

Metodologia

Passando-se a realizar as investigações pertinentes aos objetivos geral e específicos, propostos nessa análise de julgados, foi necessário dividir a abordagem metodológica desse Projeto de Pesquisa em três partes, a saber:

I - Abordagem teórica:

Para a revisão bibliográfica como metodologia utilizada nessa primeira abordagem, foi escolhida uma das obras existentes na Biblioteca do IESUR/FAAR, como citado abaixo, abordando a Sustentabilidade por ser um dos itens mais importantes do tema pesquisado para ser estudado e discutido no Grupo de Estudos, Pesquisas e Trabalho em Sustentabilidade do IESUR/FAAR¹².

Consequentemente, o marco teórico escolhido para construir o conceito de sustentabilidade que fundamenta a análise de julgados relativos ao tema emanados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região foi a obra de Ignacy Sachs, intitulada Caminhos para o desenvolvimento sustentável, publicada em 2000¹³.

¹²O Laboratório do Projeto de Pesquisa “Direito Ambiental e Sustentabilidade” foi instituído em 2012, no NUPES - Núcleo de Pesquisa do IESUR/FAAR e sua implantação se justifica por atender a finalidade de cumprir o Projeto de Desenvolvimento Institucional (PDI) do quinquênio 2011/2015. A missão deste Projeto é investigar se há ou não sustentabilidade nas empresas no Polo Regional de desenvolvimento de Ariquemes e regiões vizinhas. Disponível em: <<http://gpetsustentabilidade.blogspot.com.br/p/blog-page.html>>. Acesso em 26 out. 2013.

¹³Vale ressaltar que no GPET Sustentabilidade houve uma larga discussão acerca dos principais autores que tratam da sustentabilidade. Após discussões com os integrantes do grupo de pesquisa, 2/3 dos integrantes votaram a favor da utilização da obra de Ignacy Sachs como marco teórico desta análise de jurisprudência, conforme a Ata de Reunião n. 18, de 30 de outubro de 2013, realizada no âmbito do Laboratório da Linha de Pesquisa “Sociedade, Empresa e Sustentabilidade”.

Na visão de Ignacy Sachs, sucintamente, a sustentabilidade comporta sete aspectos ou dimensões principais¹⁴, a saber:

- Sustentabilidade Social - melhorar a qualidade de vida da população, buscando a equidade na distribuição de renda e a diminuição das diferenças sociais, com a participação popular;
- Sustentabilidade Econômica - regularizar o fluxo dos investimentos públicos e privados, compatibilizando os padrões de produção e de consumo, equilibrando o balanço de pagamento e o acesso à ciência e tecnologia;
- Sustentabilidade Ecológica - estudar como usar os recursos naturais visando minimizar danos aos sistemas de sustentação da vida, a saber: redução dos resíduos tóxicos e da poluição, reciclagem de materiais e energia, conservação, tecnologias limpas e de maior eficiência. Além de estabelecer política para uma adequada proteção ambiental;
- Sustentabilidade Cultural - respeitar os diferentes valores dos povos e incentivar processos de mudança que acolham as especificidades locais;
- Sustentabilidade Espacial - equilibrar-se entre o rural e o urbano, para analisar e estudar as migrações como uma forma de desconcentração demográfica das metrópoles. Busca-se a adoção de práticas agrícolas mais inteligentes e não agressivas à saúde e ao ambiente. Além de buscar entender o manejo sustentado das florestas e a industrialização descentralizada;
- Sustentabilidade Política - evoluir para a democracia representativa, para sistemas descentralizados e participativos, construir espaços públicos comunitários, e dar maior autonomia aos governos locais, com descentralização da gestão de recursos, no caso do Brasil;
- Sustentabilidade Ambiental - conservar geograficamente o equilíbrio de ecossistemas e implementar políticas visando à erradicação da pobreza e da exclusão, o respeito aos direitos humanos e à integração social.

A concepção acima aludida começa a se formar e difundir-se junto com o questionamento de qual o *desenvolvimento*¹⁵ adotado nas Reservas Indígenas, particularmente a

¹⁴Trata-se do resumo de um item do capítulo 3 do livro de SACHS que trata das dimensões da sustentabilidade. SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2000, p. 37- 48, que trata das dimensões da sustentabilidade.

¹⁵O desenvolvimento deve resultar do crescimento econômico acompanhado de melhoria na qualidade de vida, em qualquer de suas concepções. Deve incluir as alterações da composição do produto e a alocação de recursos pelos diferentes setores da economia, de forma a melhorar os indicadores de bem-estar econômico e social. Na concepção dos autores, inclui-se nas dimensões do bem-estar: pobreza, desemprego, desigualdade, condições de saúde, alimentação, educação e moradia. VASCONCELOS, Marco Antonio; GARCIA, Manuel Enriquez. Fundamentos de economia. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 205-206.

Reserva Roosevelt, de propriedade dos Índios Cintas-largas, que está localizada no sul do Estado de Rondônia, na cidade de Espigão do Oeste, Polo Regional de Vilhena, na região Norte do Brasil.

II - Abordagem de dados secundários:

A pesquisa de dados secundários foi realizada nos seguintes sites oficiais:

- MME - Ministério de Minas e Energia; e
- ABIN - Agência Brasileira de Inteligência.

III - Abordagem exploratória de julgados:

A pesquisa exploratória de jurisprudência tem por recorte espacial a plataforma de consulta instalada no site do TRF/1ª Região e os termos utilizados na ferramenta de busca foram “Mineração” e “Reserva Indígena”. O recorte temporal da pesquisa de jurisprudência é o ano de 2013.

Análise da Jurisprudência

Abaixo, traz-se à colação julgado proferido pelo Tribunal Regional Federal - TRF/1ª Região - em 2013, sobre a possibilidade de sustentabilidade ou não da atividade extrativista de mineração nas Reservas Indígenas, como apresentado por meio de quadro sinóptico:

<p>Processo: AC 3417 RO 2005.41.00.003417-2 Relatora: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA Julgamento: 17/04/2013</p>
<p>Órgão Julgador: QUINTA TURMA DO TRF1 Publicação: e-DJF1 p.341 de 30/04/2013</p>
<p>Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MINERAÇÃO EM TERRA INDÍGENA. REQUERIMENTO DE PESQUISA E LAVRA NA ÁREA DA TRIBO CINTA LARGA E SEU ENTORNO. INGRESSO NA LIDE DE COOPERATIVA DE POVOS INDÍGENAS COMO TERCEIRA INTERESSADA INDEFERIDO. AGRAVO RETIDO COM O MESMO OBJETO DO RECURSO DE APELAÇÃO NÃO CONHECIDO. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS DEMONSTRANDO QUE AS PESQUISAS E LAVRAS NO INTERNO DA TI CINTA LARGA TEM SERVIDO PARA INCREMENTO DA CRIMINALIDADE NA ÁREA.</p>
<p>1. Não é facultado a terceiro ingressar na lide com propósito de inovar a demanda com pedido não deduzido pelo autor na petição inicial.</p>

2. O agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu a antecipação da tutela na parte que excluiu o entorno da terra indígena da proibição de concessão e cancelamento de títulos de lavra e pesquisa mineraria é bis in idem ao objeto do recurso de apelação, razão pela qual não se conhece o agravo.
3. As terras indígenas constituem área de proteção ambiental e têm como finalidade proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar o uso de recursos naturais (art. 15 da lei 9.985/2000).
4. O art. 42 do Código de Mineração dispõe que a autorização de lavra será recusada se a lavra for considerada prejudicial ao bem público ou comprometer interesses que superem a utilidade da exploração industrial.
5. Examinando o conjunto probatório dos autos a r. sentença reconheceu que “as supostas pesquisas e lavras incidentes nas áreas próximas das terras indígenas extraídos da reserva, incrementando a criminalidade na região”.
6. A solução de apenas determinar a intervenção da FUNAI nos requerimentos de lavra e pesquisa mineral sobre o entorno de terras indígenas não garante à comunidade Cinta Larga a proteção para afastar a criminalidade que a cerca.
7. Segundo apuração da Polícia Federal em Rondônia, relatado em parecer da douta PRR “a vida dos contrabandistas têm sido facilitada ainda pela concessão de licenças de pesquisas minerais próximas às áreas indígenas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral, órgão do Ministério das Minas e Energia” e que “a presença de mineradoras nas áreas circunvizinhas às terras indígenas fomenta o contrabando e o crime organizado que atua contrariamente aos interesses indígenas.”
8. A r. sentença recorrida na apuração de acervo probatório reportou-se ao relatório da Polícia Federal na chamada Operação Roosevelt, em 21.05.2005, que assinala os conflitos gerados no entorno da TI Cinta Larga entre garimpeiros, minerados e indígenas (...)
9. Inexistem direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro. Constatada a incompatibilidade da atividade mineraria e a ordem pública no entorno da TI Cinta Larga, resta superada a utilidade do aproveitamento mineral na área sub judice.
10. O interesse na proteção do meio ambiente, as condições de vida da população indígena local e a neutralização da criminalidade faz emergir os motivos para a revogação da lavra.
11. Apelação do Ministério Público Federal provida.
12. Recurso de apelação do DNPM prejudicado.
Acórdão: A Turma, por unanimidade, deu provimento à apelação do MPF e, julgou prejudicado o recurso de apelação do DNPM.

A atuação das multinacionais na região, abastecida em grande parte pela concretização da “expectativa” gerada pela dúbia posição do DNPM:

(...) é em Rondônia que se fazem presentes as empresas multinacionais que dominam o mercado mundial de diamantes, as quais, aproveitando-se de lacunas legais, agem por intermédio de empresas brasileiras que abrigam em seus respectivos contratos sociais a real identidade de seus proprietários. Diante da perspectiva de liberação da área para a lavra de diamantes, as empresas mineradoras multinacionais promovem ações para demonstrar que a exploração por parte de garimpeiros e suas cooperativas é predatória e ineficaz, utilizando para tanto ações de desinformação por meio da imprensa, bem como fomentando conflitos, no interesse de manterem a situação sob domínio e com isto regular o preço do diamante a nível mundial (...) a potencialidade criminal da situação expressa pode ser avaliada por estudos realizados pelas próprias empresas multinacionais, que afirmam ser a produção do Garimpo Roosevelt em torno de US\$20.000.000,00 (vinte milhões de dólares) mensais, sendo que deste montante, nos últimos quatro anos, não há registro de comercialização lícita dos diamantes extraídos nas terras ocupadas pelos silvícolas Cinta Larga¹⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, uma maior proteção do entorno das terras indígenas, com imposição de firmes restrições e fiscalizações, faz-se necessário. O Poder Judiciário tem importante papel proferindo julgados que revogam as licenças ilegais e deferindo liminares proibitivas ou extintivas da simulação de pesquisa e de lavra nas proximidades para minerar diamante extraído do interior da Reserva Indígena.

A vigilância real na área tende a diminuir os focos de tensão, reduzindo a criminalidade e os conflitos entre mineradores, garimpeiros e indígenas. Eis que, além de se extinguir a expectativa das mineradoras em legalizar o extrativismo mineral nessas áreas, os grandes explorados passariam a ter dificuldades em simular pesquisa e lavra que não existe no entorno para realmente minerar diamantes na unidade de conservação indígena.

Esta é a forma pela qual se pode impedir a lavra em terras indígenas e, neste contexto, o Poder Judiciário está auxiliando o seu desenvolvimento sustentável, de forma que satisfaça as necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABIN - Agência Brasileira de Inteligência. Análise dos garimpos de kimberlito mineralizado

¹⁶Consta do Relatório da Operação Roosevelt, produzido pelo Delegado Mauro Sposito, em 11.05.2005. ABIN, 2010, s/p.

ilegais na Reserva Indígena Roosevelt - RO. 2010. Disponível em: <http://www.abin.gov.br/modules/mastop_publish/?tac=Atividade_de_Intelig%EAncia>. Acesso em: 18 out. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2013.

_____. Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto Lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2013.

MME - Ministério de Minas e Energia. Novo Marco Regulatório da Mineração: Projeto Institucional . Disponível em: <http://www.mme.gov.br/sgm/menu/marco_regulatorio/marco_regulatorio_da_mineracao.html>. Acesso em: 22 out. 2013.

_____. Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/>>. Acesso em: 22 out. 2013.

SACHS, Ignacy. Caminhos para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.

VASCONCELOS, Marco Antonio; GARCIA, Manuel Enriquez. Fundamentos de economia. São Paulo: Saraiva, 1998.

Julgado Analisado

PODER JUDICIÁRIO. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 3417 RO 2005.41.00.003417-2, Rel. Des. Federal Selenia Maria de Almeida. Julgamento: 17/04/2013. Órgão Julgador - Quinta Turma, publicação: e-DJF1, 30 abr. 2013, p.341.

Figura Citada

TCE/RO - Relatório do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. Balanço de 2012. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/noticia.aspx?id=4892>>. Acesso em: 12 de jul. 2013.

Artigo recebido em: 18.08.2013

Revisado em: 07.09.2013

Aprovado em: 09.10.2013

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - ESTUDO DE CASO SOBRE A INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA NOS MANDADOS DE SEGURANÇA RELATIVOS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO ESTADO DE RONDÔNIA

PRECEDENT OF THE SUPERIOR JUSTICE COURT - A STUDY OF CONSTRAINING AUTHORITY IN HEALTH JUDICIALIZATION WRIT IN THE RONDONIA STATE

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes¹

Doutora em Direito

Instituto de Ensino Superior de Rondônia -
Faculdades Associadas de Ariquemes (RO)- Brasil

e

GPET Humanos

Grupo de Estudos, Pesquisas e Trabalho em Direitos Humanos do IESUR/FAAr²

Composição mista Instituto de Ensino Superior de Rondônia/

Faculdades Associadas de Ariquemes (RO) - Brasil³

RESUMO: Judicialização é o fenômeno jurídico pelo qual o Poder Judiciário recebe um número expressivo de casos que deveriam ser resolvidos no âmbito dos processos legislativos ou dos procedimentos administrativos realizados pelo Poder Legislativo ou Executivo, respectivamente. Isso acontece por força da ausência de ações necessárias à concretização das políticas públicas almejadas pela sociedade. O excesso de ações sobre o tema da saúde ocorre tanto em Rondônia quanto no resto do Brasil, e, por isso, este trabalho se justifica. O objetivo geral da pesquisa de Jurisprudências é analisar os julgados e entender a percepção do STJ em relação à indicação do Secretário de Estado da Saúde de Rondônia na qualidade de autoridade coatora e suas responsabilidades. Os objetivos especiais são: (I) compendiar os principais julgados proferidos pelo STJ no ano de 2013,

¹Doutora em Direito. Coordenadora do Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito - NUPES DIR e da Coordenação de Pesquisa e Extensão do Instituto de Ensino Superior de Rondônia - Faculdades Associadas de Ariquemes (IESUR/FAAr). Esta pesquisa é financiada pelo IESUR/FAAr na modalidade remuneração. Email: claudianunes@faar.edu.br.

²Endereço do Blog do Grupo de Estudos, Pesquisas e Trabalho em Direitos Humanos do IESUR/FAAr: <http://www.gpethumanos.blogspot.com.br>.

³Apresenta especial agradecimento à colaboradora do Grupo de Estudos, Pesquisas e Trabalho em Direitos Humanos do NUPES do IESUR FAAR, Profa. Ms. Rossana Marina De Seta Fisciletti, pela revisão do corpo do texto, organização e revisão das notas de rodapé desta análise de jurisprudência.

sobre o tema; e (II) estudar o cabimento da polaridade subjetiva passiva mandamental nos “mandamus” impetrados perante o Poder Judiciário, particularmente relativos a obtenção de medicamentos e internações no Estado de Rondônia. A metodologia empreendida no trabalho tem duas abordagens: (I) teórica; e (II) exploratória de julgados. O recorte espacial é a plataforma de consulta do STJ e o temporal refere-se ao ano de 2013.

Palavras chaves: Direitos à Saúde. Judicialização. Autoridade coatora.

Abstract: Judication is the legal phenomenon whereby the judiciary receives a significant number of cases that should be resolved in the course of legislative proceedings or administrative procedures conducted by the Legislature or Executive respectively. This happens due to the lack of required actions to achieve these targets by means of public policies for society. The excess on the subject of health occurs both in Rondonia and in the rest of Brazil. So this work is justified. The aim of this work of jurisprudence is to analyze and understand the perception judged by the STJ as to the indication of the Secretary of Rondonia State for Health as constraining authority and its responsibilities. Special aims are: (rendered by the Superior Justice of Court in 2013, on the topic, and (ii) to study the pertinence of this subjective passive polarity in lawsuits filed before the Judiciary, particularly for obtaining medicines and hospitalizations in the Rondonia State. The methodology undertaken at work has two approaches: (i) theoretical, and (ii) the exploratory trial. The spatial area is the platform consultad the STJ and the time refers to the year 2013.

Keywords: Human Rights of Health. Judication. Constraining authority.

INTRODUÇÃO

Rondônia é um Estado criado por força da Constituição Federal de 1988. Assim como em todo Brasil, a sociedade contemporânea rondoniense é marcada por um paradoxo estrutural.

Por um lado, tem-se uma série de conquistas sociais relativas à saúde no plano formal que foram perpetradas com a promulgação de leis federais, estaduais e municipais. Por outro lado, convive-se com o fato de que alguns segmentos da

população ainda vivem em condições socioeconômicas indignas, principalmente se estiverem necessitando de tratamento clínico ou ambulatorial e, especificamente, de medicamentos e internações.

Neste contexto, a análise de Jurisprudências sobre o tema, particularmente os julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o Secretário de Estado da Saúde de Rondônia, na qualidade de autoridade apontada como coatora, justifica-se pela necessidade de compreender suas responsabilidades na garantia da efetividade ao direito à saúde da sociedade rondoniense.

Objetivos

O objetivo geral deste trabalho sobre as Jurisprudências é entender a legitimidade passiva do Secretário de Estado da Saúde de Rondônia, quando o mesmo é apontado como autoridade coatora, nos deferimentos de liminares em Mandados de Segurança para aquisição de medicamentos e internações, o que vem causando uma massificação de processos judiciais no Estado de Rondônia, que estão sendo julgados em última instância no STJ.

Os objetivos especiais são: (I) compendiar os principais julgados proferidos pelo STJ no ano de 2013, sobre o tema; e (II) estudar o cabimento desta polaridade subjetiva passiva mandamental nos “mandamus” impetrados perante o Poder Judiciário, especialmente os relativos à obtenção de medicamentos e internações no Estado de Rondônia.

Metodologia

Passando-se a realizar as investigações pertinentes ao objeto geral e aos específicos propostos nessa análise de julgados, foi necessário dividir a abordagem metodológica deste Projeto de Pesquisa em duas partes, a saber:

I - Abordagem teórica:

Para a revisão bibliográfica, como metodologia utilizada nesta primeira abordagem, foram escolhidos algumas obras abordando os elementos do tema pesquisado para serem estudados e discutidos no Grupo de Estudos, Pesquisas e Trabalho em Direitos Humanos do IESUR/FAAr⁴.

⁴O Laboratório da Linha de Pesquisa “Direitos Humanos e suas dimensões” foi instituído no NUPES - Núcleo de Pesquisas Científicas em Direito do IESUR/FAAr - em 2013. A missão deste Projeto é desenvolver nos docentes e discentes a habilidade crítica e autocrítica das relações de cunho social e humanística. O contato com a realidade da região, particularmente por meio das pesquisas de campo, possibilitará análise jurídica dos fatos sociais que se apresentam na comunidade rondoniense. Disponível em: <<http://gpethumanos.blogspot.com.br/p/o-projeto-de-pesquisa-direitos.html>>. Acesso em 07 jul. 2013.

O marco teórico escolhido para construir os principais conceitos que fundamentam a análise de julgados relativos ao tema emanados do Superior Tribunal de Justiça foi a obra de Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, datado de 2010; a obra conjunta de Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, *Sentidos da judicialização da política: duas análises*, datado de 2002 e o livro de Ricardo Lobo Torres, *Direito ao mínimo existencial*, datado de 2009.

II - Abordagem exploratória de julgados:

A *judicialização* é o fenômeno jurídico pelo qual o Poder Judiciário recebe um número expressivo de casos que deveriam ser resolvidos no âmbito dos processos legislativos ou dos procedimentos administrativos realizados pelo Poder Legislativo ou Executivo, respectivamente⁵.

A ausência de ações necessárias para a concretização das políticas públicas relativas à saúde almejadas pela sociedade é o fundamento para a ocorrência da judicialização no Brasil. O excesso de ações sobre este mesmo tema ocorre tanto em Rondônia quanto no Brasil todo.

A pesquisa exploratória de jurisprudência tem por recorte espacial a plataforma de consulta instalada no site do Superior Tribunal de Justiça e o termo utilizado na ferramenta de busca foi “judicialização da saúde”; “Legitimidade Passiva” e “Rondônia”. O recorte temporal da pesquisa de jurisprudência é o ano de 2013.

Análise de Jurisprudências

O direito à saúde é um dos Direitos Humanos de segunda dimensão⁶. Este direito está estabelecido no art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 -, e representa um direito fundamental social para o povo brasileiro e rondoniense.

No art. 196, da CRFB tem-se que a saúde é um direito de todos e consiste

⁵Anote-se que, na concepção apresentada pelos autores citados abaixo, a judicialização ocorre quando há “omissão ou insuficiência por parte do Poder Executivo dos entes federativos para efetivar o direito à saúde, os cidadãos que se sintam afetados poderão judicializar a relação que se estabelece entre eles e o Poder Público, conduzindo então o problema ao Poder Judiciário, para que, enfim, conquistem a efetivação de seus direitos”. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Revista Lua Nova de Cultura e Política, nº 57. São Paulo: Editora da USP, 2002, p.114-115. Vale ressaltar que o Grupo concluiu que as causas que ensejam a judicialização podem ser propostas tanto face à omissão do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, o que se modifica é a espécie de declaração a ser proposta relativamente às omissões - discussões e conclusões da Ata de Reunião nº 22, de 10 de novembro de 2013, realizadas no âmbito do Laboratório da Linha de Pesquisa “Direitos Humanos e suas dimensões”.

⁶SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

em dever do Estado⁷ prestá-la à população, bem como a promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme estabelece o princípio da universalidade⁸. No artigo 198, inciso II, da CRFB/88 estatui que o Estado tem o dever de prover todas as condições para que os cidadãos previnam doenças, curem-se delas e tenham acesso à prestação de serviços em saúde, em atendimento ao princípio da integralidade⁹.

Assim sendo, em 1990, foi baixada a legislação de efetiva criação do Sistema Único de Saúde - SUS - e o Estado brasileiro passou a prover a saúde de forma descentralizada por meio das três entidades federativas (União, Estados e Municípios).

Para elucidar a falta de conhecimentos dos magistrados sobre medicina, o Supremo Tribunal Federal - STF - convocou a Audiência Pública intitulada “Judicialização do direito à saúde”, realizada nos meses de abril e maio de 2009, com o intuito de gerar subsídios aos juízes para julgamentos de questões relativas à concretização do direito à saúde, ou seja, de estabelecer diretrizes para auxiliar os magistrados na apreciação de causas que tenham como objeto de conflito, afirmação ou violação do direito à saúde¹⁰.

⁷Vale trazer a lição de SARLET: “Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento reversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente - em se cuidando da saúde - da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo. Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento”. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: Revista Diálogo Jurídico, n. 10. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, jan. 2002, p. 13. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas/09132906/dialogo-juridico-10-janeiro-2002-ingo-wolfgang-sarlet.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

⁸O Princípio da universalidade considera um determinado direito de todos como também um dever do Estado. Dessa forma, o direito à saúde se coloca como um direito fundamental de todo e qualquer cidadão, sendo considerado até mesmo cláusula pétrea, ou seja, não pode ser retirada da Constituição em nenhuma hipótese, por constituir um direito e garantia individual, conforme o art. 60, parágrafo 4, inciso IV. Por outro lado, o Estado tem o dever de garantir os devidos meios necessários para que os cidadãos possam exercer plenamente esse direito, sob pena de o estar restringindo e não cumprindo a sua função. SARLET, 2010, p. 117.

⁹O Princípio integralidade confere ao Estado o dever do atendimento integral ao cidadão. Por isso, o Estado deve estabelecer um conjunto de ações que vão desde a prevenção à assistência curativa, com às atividades preventivas nos mais diversos níveis de complexidade, bem como forma de efetivar e garantir o postulado da saúde que, ao serem realizadas com eficiência, reduzem os gastos com as atividades assistenciais posteriores. SARLET, 2010, p. 126.

¹⁰STF - Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública sobre a Judicialização do Direito à Saúde no Supremo Tribunal Federal: convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada#>>. Acesso em 07 out. 2013.

Mesmo após a audiência pública, vislumbra-se que a competência não é estritamente definida na lei e os cidadãos costumam acionar particularmente os Municípios ou os três entes federados causando aumento significativo no número de processos que tramitam no Poder Judiciário nos quais se requer a efetivação do direito à saúde, segundo dados do CNJ, incluídos na Exposição de motivos da Recomendação nº 31, publicado no DJ-e de 07/04/2010, p. 4-6¹¹.

Tendo em vista todas estas medidas citadas que foram adotadas, restou ao Superior Tribunal de Justiça¹²- STJ -definir a autoridade coatora, no julgamento dos recursos cabíveis à impetração dos Mandados de Segurança de Rondônia, para ser eficaz em sua atuação e garantir o mínimo existencial¹³. O STJ considerou como autoridade coatora o Secretário de Estado da Saúde de Rondônia por ser competente para determinar a alocação dos recursos financeiros das leis orçamentárias com a finalidade de implementar as políticas públicas nos termos do “reserva do possível”¹⁴.

O quadro sinóptico abaixo traz à colação os julgados¹⁵ proferidos pelo STJ em 2013, com a indicação do Secretário de Estado da Saúde no Estado de Rondônia na qualidade de autoridade apontada como coatora:

¹¹CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em 15 out. 2013.

¹²STJ - Superior Tribunal de Justiça - Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas. Consultado em 24 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562>. Acesso em: 07 out. 2013.

¹³Torres assevera que: “No Brasil parcela importante da doutrina vem adotando posição equilibrada na questão da adjudicação individual de prestações de saúde, procurando delimitá-la segundo a extensão do mínimo existencial, com o reconhecimento do direito dos pobres e miseráveis e com a obrigação estatal de garantir a medicina preventiva e de urgência” . TORRES, Ricardo Lobo. Direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 255.

¹⁴A Reserva do Possível é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de razoabilidade. Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições sócioeconômicas e estruturais. SARLET, 2010, p. 136.

¹⁵Foram incluídos no quadro sinóptico alguns dos julgados nesta seara, sendo que há outros também do ano de 2013 que tratam do mesmo tema, a saber: RMS 39744 RO 2012/0255647-7 Decisão:05/09/2013, DJe DATA:17/09/2013; AgRg no RMS 40315 RO 2013/0000871-0 Decisão:04/06/2013, DJe DATA:13/06/2013; AgRg no RMS 42061 RO 2013/0115816-1 Decisão:16/05/2013, DJe DATA:22/05/2013; AgRg no RMS 42073 RO 2013/0114599-2 Decisão:16/05/2013, DJe DATA:22/05/2013; AgRg no RMS 39941 RO 2013/0003061-5 Decisão:11/06/2013, DJe DATA:19/06/2013; AgRg no RMS 39959 RO 2012/0274106-6 Decisão:11/06/2013, DJe DATA:19/06/2013; e AgRg no RMS 39961 RO 2012/0274112-0 Decisão:11/06/2013, DJe DATA:19/06/2013. Esses julgados não serão citados na bibliografia deste trabalho de Jurisprudência por não fazerem parte da análise do corpo de julgados, o que foi deliberado pelo Grupo de Pesquisa do Laboratório Humanos do NUPES/IESUR/FAAR, sendo apenas apresentados neste artigo na qualidade de indicações que corroboram com a posição dos demais julgados analisados e discutidos.

<p>Processo: RMS 43371 RO 2013/0238141-8 Relator(a): Min. ELIANA CALMON Julgamento: 05/09/2013 Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA Publicação: DJe 17/09/2013 (LEADING CASE)</p>	<p>ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TRATAMENTO MÉDICO. LEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE DE RONDÔNIA.</p> <p>1. A Primeira Seção, no julgamento do RMS 38.746/RO (julgado em 24/04/2013, acórdão pendente de publicação), reconheceu a legitimidade passiva do Secretário de Estado de Saúde de Rondônia para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança em que se postula o fornecimento de medicamento ou a realização de tratamento médico. Precedentes.</p> <p>2. Recurso ordinário provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do writ.</p> <p>Acórdão</p> <p>Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a)-Relator (a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora. (grifou-se)</p>
---	--

<p>Processo: AgRg no RMS 43376 RO 2013/0238635-5 Relator(a): Min. CASTRO MEIRA Julgamento: 05/09/2013 Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA Publicação: DJe 12/09/2013</p>	<p>PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ESTADO DE RONDÔNIA. LEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE SAÚDE. MATÉRIA PACIFICADA NA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO PROVIDO.</p> <p>1. A jurisprudência do STJ já reconheceu a legitimidade do Secretário de Saúde como autoridade coatora em mandados de segurança impetrados contra o Estado de Rondônia, objetivando o fornecimento de medicamentos ou a realização de procedimentos médicos.</p> <p>2. Afastada a ilegitimidade passiva, os autos devem retornar para a Corte de origem, a fim de que prossiga na análise da controvérsia.</p> <p>3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido e agravo regimental de e-STJ fls. 177-181 prejudicado.</p> <p>Acórdão</p> <p>Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso ordinário; julgar prejudicado o agravo regimental de fls. 177/181, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. (grifou-se)</p>
---	---

<p>Processo: AgRg no RMS 42479 RO 2013/0135432-6 Relator(a): Min. CASTRO MEIRA Julgamento: 15/08/2013 Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA Publicação: DJe 22/08/2013</p>	<p>AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. INICIAL INDEFERIDA LIMINARMENTE. LEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE RONDÔNIA.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Caso em que foi impetrado mandado de segurança através da Defensoria Pública estadual, buscando o fornecimento de medicamento ao impetrante. 2. O Secretário de Estado da Saúde de Rondônia tem legitimidade passiva para responder ao mandado de segurança como autoridade coatora. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. <p>Acórdão</p> <p>Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. (grifou-se)</p>
---	--

<p>Processo: AgRg no RMS 39979 RO 2012/0273126-0 Relator(a): Min. CASTRO MEIRA Julgamento: 04/06/2013 Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA Publicação: DJe 13/06/2013</p>	<p>PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROCEDIMENTO MÉDICO. ESTADO DE RONDÔNIA. RECONHECIMENTO DA LEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE SAÚDE. PRÁTICA DE ATO INCOMPATÍVEL COM A VONTADE DE RECORRER. RECURSO NÃO CONHECIDO.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Configura-se a prática de ato incompatível com a vontade de recorrer à manifestação do ente estatal exarada em contrarrazões, a qual expressamente reconheceu a legitimidade do Secretário de Saúde para figurar no polo passivo da ação mandamental. Aplica-se, na espécie, o disposto no art. 503 do CPC, que impossibilita o trânsito da irresignação recursal. 2. A título de obiter dictum, saliente-se que a jurisprudência do STJ já reconheceu a legitimidade do Secretário de Saúde como autoridade coatora em mandados de segurança impetrados contra o Estado de Rondônia, objetivando o fornecimento de medicamentos ou a realização de procedimentos médicos. 3. Agravo regimental não conhecido. <p>Acórdão</p> <p>Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. (grifou-se)</p>
---	--

<p>Processo: AgRg no RMS 42081 RO 2013/0115836-3 Relator(a): Min. SÉRGIO KUKINA Julgamento: 14/05/2013 Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA Publicação: DJe 20/05/2013</p>	<p>ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TRATAMENTO MÉDICO. LEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE DE RONDÔNIA.</p> <p>1. A legitimidade do Secretário de Estado da Saúde de Rondônia para figurar no polo passivo de mandados de segurança em que se discuta o direito ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos foi assentada, em 24/4/2013, pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 38.746/RO, Rel. para o acórdão o Ministro Herman Benjamin. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.</p> <p>Acórdão</p> <p>Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima. (grifou-se)</p>
---	---

<p>Processo: AgRg no RMS 40347 RO 2013/0000843-0 Relator(a): Min. ELIANA CALMON Julgamento: 11/06/2013 Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA Publicação: DJe 19/06/2013</p>	<p>ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - TRATAMENTO MÉDICO - LEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE DE RONDÔNIA.</p> <p>1. A Primeira Seção, no julgamento do RMS 38.746/RO (Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, julgado em 24/04/2013, acórdão pendente de publicação), reconheceu a legitimidade passiva do Secretário de Estado de Saúde de Rondônia para figurar como autoridade coatora em mandado de segurança em que se postula o fornecimento de medicamento ou a realização de tratamento médico. Precedentes.</p> <p>2. Agravo regimental não provido.</p> <p>Acórdão</p> <p>Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a)-Relator (a), sem destaque e em bloco.” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora. (grifou-se)</p>
--	--

Conseqüentemente, a partir do momento em que o Poder Judiciário determina que o Poder Executivo despenda determinada quantia para realizar um gasto que não estava previsto em orçamento estará atuando diretamente na implementação das políticas públicas de saúde, o que não faz parte de suas competências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entende o STJ que, enquanto os Municípios tornaram-se responsáveis pela execução das políticas públicas de saúde, por estabelecerem uma relação mais próxima com os cidadãos brasileiros que buscam atendimento nos hospitais de uma determinada cidade, o Estado, assim como a União, são os responsáveis pelo planejamento e financiamento das políticas públicas nesta área que, em regra, faz parte da função típica do Poder Executivo estadual e federal. A União elabora o planejamento de políticas e faz dotações orçamentárias para os Estados e os Estados são os responsáveis por empreender as políticas planejadas e aplicar corretamente as verbas destinadas à saúde como, por exemplo:

- I - Autorizar a compra de medicamentos; e
- II - designar verba visando à abertura de novos leitos ou à remoção dos internados, necessárias à saúde dos doentes.

Por isso, sobre a legitimidade passiva dos mandados de segurança, nos casos acima analisados, tornou-se inconteste que as ações positivas necessárias a garantia do direito fundamental à saúde da população são de responsabilidade do Secretário de Estado da Saúde de Rondônia - tema que se pacificou no mês de abril do ano de 2013 no STJ.

Como vislumbrado nos julgados compendiados acima, os processos envolvem conflitos entre os entes federados em função de falhas na prestação de serviços de saúde pelo SUS. São referentes ao não fornecimento de remédios e à inexistência de leitos para internação, uma vez que não observam o Princípio da Reserva do Possível.

Constata-se que as decisões relativas às demandas individuais - conforme a apresentação dos julgados do STJ analisados nesta pesquisa -, embora garantam a efetividade da Reserva do Possível, impõem graves dificuldades na garantia do mínimo existencial para a coletividade, o que deve ser observado pelo Secretário de Estado da Saúde de Rondônia.

Ainda é de se frisar que a atenção aos casos individuais pode afastar o foco de um planejamento geral, que tem de visar preferencialmente à coletividade, afe-

tando, especialmente, os planejamentos orçamentários. A situação que se apresenta pode, no futuro próximo, até inviabilizar, faticamente, o direito à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 24 out. 2013.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 24 out. 2013.

CNJ - Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. (Publicado no DJ-e nº 61/2010, em 07/04/2010, p. 4-6). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em 15 out. 2013.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Revista Lua Nova de Cultura e Política, 2002, nº 57. São Paulo: Editora da USP. p.113-133.

PODER JUDICIÁRIO. Superior Tribunal de Justiça. Judicialização da saúde coloca ao STJ o desafio de ponderar demandas individuais e coletivas. Consultado em 24 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=96562>. Acesso em: 07 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Audiência Pública sobre a Judicialização do Direito à Saúde no Supremo Tribunal Federal: convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, para subsidiar o julgamento de processos que discutiam a concretização do direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal), a partir do oferecimento de medicação e tratamento pelo Poder Público. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada#>>. Acesso em 07 out. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Algumas Considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. In: Revista Diálogo Jurídico, n. 10. Salvador:

Centro de Atualização Jurídica, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br/revistas/09132906/dialogo-juridico-10-janeiro-2002-ingo-wolfgang-sarlet.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. Direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Lista de Acórdãos Analisados

PODER JUDICIÁRIO. Superior Tribunal de Justiça. RMS 43371 RO 2013/0238141-8. Relator(a): Min. ELIANA CALMON. Julgamento: 05/09/2013. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA

Publicação: DJe 17/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 07 out. 2013.

____. AgRg no RMS 43376 RO 2013/0238635-5. Relator(a): Min. CASTRO MEIRA. Julgamento: 05/09/2013. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicação: DJe 12/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 07 out. 2013.

____. AgRg no RMS 42479 RO 2013/0135432-6. Relator(a): Min. CASTRO MEIRA. Julgamento: 15/08/2013. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicação: DJe 22/08/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 07 out. 2013.

____. AgRg no RMS 39979 RO 2012/0273126-0. Relator(a): Min. CASTRO MEIRA, Julgamento: 04/06/2013. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicação: DJe 13/06/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 07 out. 2013.

____. AgRg no RMS 42081 RO 2013/0115836-3. Relator(a): Min. SÉRGIO KUKINA. Julgamento: 14/05/2013. Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJe 20/05/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 07 out. 2013.

____. AgRg no RMS 40347 RO 2013/0000843-0. Relator(a): Min. ELIANA CALMON. Julgamento: 11/06/2013. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicação: DJe 19/06/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 07 out. 2013.

Artigo recebido em: 08.08.2013

Revisado em: 21.09.2013

Aprovado em: 20.10.2013