
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

v. 3, n. 5, jan./abr. 2005

Atuação

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Rogério Ponzi Seligman - Diretor

Andrey Cunha Amorim

Guido Feuser

Pedro Roberto Decomain

Rui Carlos Kolb Schiefler

As opiniões emitidas nos artigos
são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da
**Procuradoria-Geral de Justiça do Estado
de Santa Catarina e da Associação
Catarinense do Ministério Público.**

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mp.sc.gov.br

Catálogo na publicação por Clarice Martins Quint (CRB 384)

ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense/
Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação
Catarinense do Ministério Público. - v. 3, n. 5, (jan./abr. 2005)
- Florianópolis : PGJ : ACMP, 2003 -

Quadrimestral

Direito – Periódicos. I. Ministério Público do Estado de Santa
Catarina. Procuradoria-Geral de Justiça. II . Associação Catarinense
do Ministério Público.

CDDir : 340.05

CDU : 34(05)

Revisão: Lúcia Anilda Míquel

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-240
(48) 224.4600/224.4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 229.9000
pgj@mp.sc.gov.br
www.mp.sc.gov.br



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Pedro Sérgio Steil

Subprocurador-Geral de Justiça

Narcísio Geraldino Rodrigues

Secretário-Geral do Ministério Público

Sandro José Neis

Assessoria do Procurador-Geral de Justiça

Francisco Bissoli Filho

Durval da Silva Amorim

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Colégio de Procuradores de Justiça

Moacyr de Moraes Lima Filho

Anselmo Agostinho da Silva

Hipólito Luiz Piazza

Valdir Vieira

Paulo Antônio Günther

Luiz Fernando Sirydakís

Demétrio Constantino Serratine

José Galvani Alberton

Robison Westphal

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Jobél Braga de Araújo

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil – *Presidente*

Vilmar José Loef

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Raulino Jacó Brüning

Humberto Francisco Scharf Vieira

Sérgio Antônio Rizelo

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Francisco de Assis Felipe

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nélson Fernando Mendes

Jacson Corrêa

Anselmo Jerônimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Francisco José Fabiano

André Carvalho

Cid José Goulart Júnior

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva – *Secretário*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Conselho Superior do Ministério Público

Pedro Sérgio Steil - *Presidente*

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

José Galvani Alberton

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Narcísio Geraldino Rodrigues

Nelson Fernando Mendes

André Carvalho

Cid José Goulart Júnior

Sandro José Neis - *Secretário*

Corregedor-Geral do Ministério Público

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Secretário da Corregedoria-Geral do Ministério Público

Marcílio de Novaes Costa

Assessoria do Corregedor-Geral do Ministério Público

Aor Steffens Miranda

Rui Arno Richter

Kátia Helena Scheidt Dal Pizzol

Coordenadoria de Recursos

Paulo Roberto Speck – *Coordenador*

Assessoria do Coordenador de Recursos

Walkyria Ruicir Danielski

Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa

Basílio Elias De Caro – *Coordenador-Geral*

Gladys Afonso – *Procuradora de Justiça*

Márcia Aguiar Arend – *Coordenadora*

Rogério Ponzi Seligman – *Coordenador-Adjunto*



Administração do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente

Jacson Corrêa – *Coordenador-Geral*

Luciano Trierweiller Naschenweng – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional do Consumidor

Antenor Chinato Ribeiro – *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional da Cidadania e Fundações

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi – *Coordenadora*

Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude

Aurino Alves de Souza – *Coordenador-Geral*

Helen Crystine Corrêa Sanches – *Coordenadora*

Centro de Apoio Operacional da Ordem Tributária

Sérgio Antônio Rizelo – *Coordenador-Geral*

Ernani Guetten de Almeida – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional Criminal

Odil José Cota – *Coordenador-Geral*

Paulo Antônio Locatelli – *Coordenador*

Centro de Apoio Operacional a Investigações Especiais

Francisco de Assis Felipe – *Coordenador-Geral*

Centro de Apoio Operacional do Controle da Constitucionalidade

Gilberto Callado de Oliveira – *Coordenador-Geral*

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

José Galvani Alberton – *Diretor*



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Presidente

Lio Marcos Marin

Vice-Presidente

Nazareno Furtado Köche

1ª Secretária

Havah Emília P. de Araújo Mainhardt

2º Secretário

Fabiano David Baldissarelli

Diretor Financeiro

Onofre José Carvalho Agostini

Diretor de Patrimônio

Ary Capella Neto

Diretor Cultural e de Relações Públicas

Andrey Cunha Amorim

Conselho Fiscal

Presidente

César Augusto Grubba

Secretário

Abel Antunes de Mello

Membros

Carlos Henrique Fernandes
Ivens José Thives de Carvalho
Jorge Orofino da Luz Fontes

SUMÁRIO

DIREITO DO CONSUMIDOR

Precificação de produtos (Lei 10.962/04): inconstitucionalidade..... 11
Renato Franco de Almeida e Aline Bayerl Coelho

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

O princípio constitucional do valor social do trabalho e a
obrigatoriedade do trabalho prisional 29
João José Leal

DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

O Supremo Tribunal Federal e os novos cenários de mitigação do
poder jurisdicional no Brasil: o Direito Penal Tributário aplicado
pela administração tributária..... 47
Márcia Aguiar Arend e Analú Librelato Longo

A impossibilidade da concessão de parcelamento
tributário em casos de fraude 81
Marina Luz de Andrade d'Eça Neves

DIREITOS HUMANOS

Impasses e desafios dos direitos humanos na era da globalização..... 89
Francisco Bissoli Filho

FILOSOFIA DO DIREITO

O Suicídio de Werther (e algumas considerações sobre o
Princípio da Dignidade da Pessoa Humana)..... 115
Isaac Sabbá Guimarães

PEÇAS PROCESSUAIS

Apagão em Florianópolis e desdobramentos jurídicos - Ação
Civil Pública com pedido condenatório de obrigação de fazer e
de não fazer em face de Concessionária de Energia Elétrica e
Agência Reguladora pela interrupção no fornecimento de energia..... 133
*Marcelo de Tarso Zanellato, Carlos Augusto de Amorim Dutra,
Max Zuffo, Analú Librelato Longo e Vanessa Wendhausen Cavalazzi Gomes*

PRECIFICAÇÃO DE PRODUTOS (LEI 10.962/04): INCONSTITUCIONALIDADE

Renato Franco de Almeida
Promotor de Justiça – MG

Aline Bayerl Coelho
Advogada – MG

1 Introdução

Em sistemas econômicos capitalistas, devido a razões ontológicas, o capital, aqui entendido como a classe econômica que detém os meios de produção, locupleta-se do *status quo* e, portanto, tenta, através do Estado ou não, conservar determinados privilégios em detrimento do desenvolvimento sócio-econômico de todo corpo social. Tal fenômeno é mais claramente percebido nos países do chamado Terceiro Mundo, onde a fragilidade das Instituições políticas abre flancos pelos quais o capital cerceia a vida efetivamente democrática.

Não raras vezes, a metodologia aplicada pelo setor dominante para a conservação dos seus privilégios consiste na construção de um documento constitucional cujos preceptivos garantam a existência e a continuidade de institutos político-jurídicos que dêem supedâneo à estratificação sócio-econômica, como é o caso das constituições que se restringem à organização do Estado, deixando ao mercado a atribuição de sua auto-regulação. Em outras, mesmo que o documento constitucional possua caráter democrático, institutos progressistas, etc., tal desiderato, qual seja, a manutenção dos privilégios, será auferido mediante a pura e simples desobediência aos preceitos constitucionais, mediante o falacioso argumento da eficiência econômica. Trata-se aqui das

chamadas Constituições Dirigentes onde a Ordem Econômica, segundo o texto constitucional, será direcionada a um determinado fim. A primeira prática se mostra mais corriqueira nos países chamados desenvolvidos – sem embargo da existência de cláusulas constitucionais diretivas no corpo do documento fundamental –, enquanto a segunda, nos subdesenvolvidos. Ressalte-se que a desobediência operada ao texto constitucional não se restringe a condutas particulares, dos atores da sociedade civil. Ao revés, o Estado, por quaisquer de suas funções, reiteradas vezes, malfere o texto constitucional, seja formal, seja materialmente. Assim é que o presente estudo tem por escopo analisar a compatibilidade da Lei federal nº 10.962, de 11 de outubro de 2004 com a Constituição da República, notadamente do inciso II do art. 2º da mencionada lei. Isto porque supracitada norma jurídica regulamenta o direito de informação que deve ser prestada pelo fornecedor de produtos e serviços, mitigando-o, em duvidosa compatibilidade com preceitos constitucionais, mormente em se tratando de uma Constituição dirigente como a de 1988.

2 Da idéia de Estado e os interesses subjacentes: evolução

Frise-se, de início, que, por mais paradoxal que possa a vir a ser, não vivemos, absolutamente, no Estado tal qual ele é, porém sobre a *idéia* de Estado, onde reside o objetivo indistigível de fomentar a convivência pacífica dos indivíduos em uma sociedade de classes sócio-econômicas diversas, sempre com predomínio de uma delas.

A filosofia do Idealismo – que vem desde da Grécia com Platão – entendeu os objetos conhecidos como mera representação de uma idéia perfeita daquela mesma representação, conquanto inalcançável pelo intelecto humano.

Com o Estado ocorre fenômeno idêntico. Já que inconcebível a coexistência de classes díspares de indivíduos, como afirmado, sob o aspecto social, econômico, financeiro, cultural, etc., imaginou-se um Estado ideal onde coexistem variegadas espécies de personalidades humanas, sem que, contudo, se autodestruíssem, porquanto incutiram nas mentes dos seus súditos determinadas noções impossíveis de se definir, que, ao mesmo passo, representariam o Estado em seus objetivos, fins e conseqüências, como, *e. g.*, o interesse público, a ordem social, a ordem jurídica e expressões outras que, nem mesmo com muito esforço, chegar-se-á a definições concretamente aceitáveis, porquanto tais objetos só existem no mundo das idéias, idéias estas que, como dito, são incutidas na

mente dos indivíduos sem que se pergunte o que é, sem que se questione para que servem, porque se assim não fosse, se assim não nos convencêssemos, a vida em comunidade tornar-se-ia insuportável, até mesmo inconcebível.

Tal técnica mascarava – como até hoje – o sistema econômico capitalista, ou seja, o modo de produção capitalista (MOREIRA, 1987: 66)

Anote-se, ainda, que a metodologia adotada parece (somente aparência) perfeita, qual seja, a *lógica formal*. Não obstante, faz-se mister, para atingirmos a essência dos institutos e princípios jurídicos, e não a mera existência, um repensar crítico sobre esta espécie de *lógica*, evoluindo, conseqüentemente, para a *lógica dialética*.

Daí afirmar Miaille (1994: 50) que:

Para que, no sistema capitalista onde os homens estão profundamente divididos em classes antagônicas, uma vida social ainda assim seja possível, é necessário que exista uma estrutura política, cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separa, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemos-lo, é o Estado... Ora, e é o que muitos esquecem às vezes, esta existência da ideia de Estado é importante para o próprio funcionamento das estruturas estatais. Se cada um de nós não estiver intimamente convencido da necessidade de um Estado, quer dizer, do valor desta (aparente) função de apaziguamento e de regulamentação pacífica dos conflitos, se cada um de nós não acreditar que existe um bem comum, distinto e superior aos nossos interesses particulares, torna-se difícil fazer funcionar o Estado, isto é, concretamente a administração, os tribunais, o exército e, de uma maneira geral, todas as instâncias a ele ligadas. Assim se impõem, na prática e nas consciências, noções tais como: interesse geral, direitos e deveres do cidadão, soberania, razão do Estado, vontade da administração e outras tantas ‘expressões’ sem as quais, afinal, o funcionamento da instituição estatal estaria comprometido.

De efeito, resta evidente que a idéia de Estado produzida pelas sociedades capitalistas tem por fim uma aparente acomodação de classes socialmente distintas, ou seja, de interesses – muitas vezes não conscientes no seio dessas classes – diversos e divergentes, no universo complexo que é a Sociedade.

Em razão dessa divergência e diversidade, vislumbra-se interesses que o

aspecto histórico distingue, variando a primazia de uns sobre outros, de acordo com a ideologia dominante da época.

Assim, tem-se inaugurada em 1789 a era da primazia do *interesse individual* – plasmado no princípio da *autonomia da vontade* e da *liberdade contratual* – sobrepondo-se ao *interesse público*¹, com a atrofia do Estado em benefício do indivíduo como centro de toda liberdade e razão até então impensadas.

Em escólio, Frias (1941: 18) traduz as relações sociais então preponderantes:

El individualismo liberal enraiza en la filosofía kantiana, en que todo se reduce a dos términos: la **libertad**, objeto propio del derecho y la **razón** su creadora. Concibe al hombre como un **fin en sí**, libre respecto de los otros, pero convertido en su propio esclavo; autor de la ley y servidor de la misma, legislador y juez, soberano y súbdito en la república de los seres razonables y libres. En última síntesis, todo se reduce a la **autonomía de la voluntad humana...**

A autonomia da vontade preconizada pelo Autor, juntamente com a razão humana, era, ao apagar das luzes do século XVIII, início e fim da sociedade perfeita, em que o mercado livre (isto é, sem ingerência do Estado) se encarregaria de aparar as desigualdades eventualmente existentes.

A importância depositada no interesse individual (consubstanciado aqui na *autonomia da vontade* e na *liberdade contratual*) exagerou-se a ponto do Código Civil Napoleônico de 1804 dificultar sanções a figuras como a lesão contratual, usura e o abuso do direito (FRIAS, 1941: 19).

Não se diga, porém, que a noção de individualismo teria nascido por acaso. Definitivamente, não.

De efeito, a ideologia preponderante à época possuía seus escopos que restavam dissimulados ante a pregação do direito de *liberdade* e da *razão* como únicos direitos inatos ao homem.

Inequivocamente, tal ideologia tinha por fim o desmantelamento dos grupos, criando-se, a partir de então, o *atomismo*, conseqüência determinante

1 Por *interesse público* queremos nos referir ao interesse do Estado enquanto Poder Público, tão-somente.

na mudança dos meios de produção, que, de seu turno, será influenciado por outras instâncias da superestrutura – notadamente as ideológica e jurídica – inaugurando um novo sistema sócio-econômico: o capitalismo-burguês.

Reciprocamente, declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si. Significa tão-somente que o modo de produção da vida social mudou. A ‘**atomização**’ da sociedade pelo desfazer dos grupos que a estruturavam não é pois um efeito evidente do viver melhor ou de uma melhor consciência, exprime apenas um outro estágio das transformações sociais. Constatá-lo-íamos facilmente nos casos que nos apresentam actualmente os países do terceiro mundo: a introdução da dominação capitalista sob a forma colonial e neocolonial produziu aí este efeito do desfazer do grupo social numa multiplicidade de indivíduos isolados a partir daí... Alguns estudos interessantes deste ponto de vista mostram como a pouco e pouco os indivíduos se tornam mais ‘autónomos’ nas suas práticas e nas suas representações ideológicas. (MIAILLE, 1994: 117)

Em conclusão, assevera, ainda, o Prof. Miaille (1994: 119-21):

Fica-se, pois, com a noção de que a categoria jurídica de sujeito de direito não é uma categoria racional em si: ela surge num momento relativamente preciso da história e desenvolve-se como uma das condições da hegemonia de um novo modo de produção... Pela categoria de sujeito de direito, ele mostra-se como parte do sistema social global que triunfa nesse momento: o capitalismo. É preciso, pois, recusar todo o ponto de vista idealista que tenderia a confundir esta categoria com aquilo que ela é suposta representar (a liberdade real dos indivíduos). É preciso tomá-la por aquilo que ela é: uma noção histórica.

De efeito, divisa-se, como acima afirmamos, que a *idéia* de liberdade tem por escopo a dissociação dos grupos como forma de isolamento humano a facilitar, no mercado de trocas, a compra da força de trabalho no novo sistema então instaurado: o capitalismo.

Por via de consequência, a instância jurídica, no particular, tem relevância demasiada, visto criar a figura do *sujeito de direito*, imprescindível para a configuração concomitante do *interesse individual*, o qual chega aos códigos

liberais via *autonomia da vontade e liberdade contratual* – no que toca ao direito material; e via *princípio da demanda*, antigo *princípio dispositivo* – no que concerne ao direito processual.

Entretanto, a crise dos fundamentos do individualismo pôde ser sentida desde os tempos da Revolução francesa até os nossos dias (FRIAS, 1941: 22-23), sendo que, principalmente a partir do século XIX, o interesse individual começa a ser limitado pelo intervencionismo estatal.

Isto porque, como acentua Moreira (1987: 44):

A explicação desta clivagem entre o modelo e a realidade deve ver-se em que o modelo liberal não pretendia, em primeiro lugar, ser uma interpretação da realidade. Foi, desde logo, um modelo normativo e, depois, um aparelho ideológico do capitalismo. O liberalismo clássico é efectivamente ‘a ideologia do alto capitalismo’.

De efeito, já no limiar do século XX, procedeu-se a uma certa ruptura com a idêia de liberdade quase total – em razão da desigualdade inevitável que o sistema liberal engendra – com a profunda ingerência do Estado na protecção dos vulneráveis. Vislumbra-se, aqui, uma evidente preocupação com a inércia estatal de outrora que, em parte, ensejou as desigualdades atualmente experimentadas. Inaugura-se, de certa forma, a preponderância do *interesse público* sobre o *interesse individual*.

Interessa ao objeto do nosso trabalho como tal fenómeno desenvolveu-se no campo da ciência jurídica.

Não obstante, podemos, mesmo que perfunctoriamente, cogitar de outros aspectos, mormente o social, cuja importância releva ser mencionada como constituinte da nova mentalidade de Estado advinda da mitigação de dogmas liberais burgueses.

Com efeito, no campo social surgem grupos intermediários de expressão na defesa de interesses de mesma qualidade, ou seja, aqueles situados entre o indivíduo e o Estado, tais como os sindicatos e as associações.

Em suma: a separação de princípio entre o Estado e a economia deu lugar à interpenetração recíproca, num processo de politização do económico ou de economização do político. Ao princípio liberal do primeiro capitalismo, e à efectiva não intervenção económica do Estado, sucede

o princípio intervencionista e uma ampla actividade do Estado no campo económico. Do Estado-guarda-nocturno, abstencionista e ‘negativo’ passa-se ao Estado afirmativo ou positivo. Enfim, noutra perspectiva que inclui ambos os aspectos da questão, ao capitalismo de concorrência, liberal e ‘privado’, substitui-se o ‘capitalismo-monopolista-de-Estado’. (MOREIRA, 1987: 52)

É o ressurgimento, *mutatis mutandis*, em âmbito social, dos grupos de indivíduos que a Revolução Francesa, ao argumento da instauração de um sistema de liberdade, como vimos, *atomizou*, e que, segundo Frias (1941: 34), citando Gurvitch, advém do todo social subjacente: “*El derecho social – según Gurvitch – es un derecho autónomo de comunión, que integra de una manera objetiva cada totalidad activa real, (y) que encarna un valor positivo extra-temporal.*”

Assim, em um real movimento de fluxo e influxo, as comunidades (isto é, os grupos sociais) realizam seus direitos, mesmo que à revelia do Estado legislador. (FRIAS, 1941: 35)

Por via de consequência, instaurar-se-á um direito fulcrado nos movimentos sociais subjacentes, é dizer, nos movimentos dos grupos sociais que, como fenômenos sociais, estão alheios ao direito legislado do Estado.

El derecho social se dirige, en su capa organizada, a sujetos jurídicos específicos – personas colectivas complejas – tan diferentes de los sujetos individuales aislados como de las personas morales – unidades simples – que absorben la multiplicidade de sus miembros en la voluntad única de la cooperación o del establecimiento. (FRIAS, 1941: 35)

Tal preponderância irá levar o Estado a uma socialização, é dizer, a uma preocupação com o aspecto social do direito, cada vez mais profunda, surgindo, consequentemente, a socialização do jurismo.

Como de fácil constatação, tal preponderância é sentida em vários ramos do direito privado, mormente no que toca aos vulneráveis, *v. g.*, consumidores, locatários, trabalhadores, etc.

Assim, ante o extremismo do sistema liberal, flui-se para o meio termo como lugar ideal de convivência humana em sociedade. Em consequência, surge, no bojo dos direitos fundamentais de terceira geração, um *tertius genus*, um terceiro interesse, antes inimaginável, qual seja, o *interesse social*. (MA-

ZZILI, 2001: 43)

Vislumbrada a fraqueza de fundamento do Estado liberal, bem como a prepotência estatal nos modelos socialista-marxistas, propugnou-se elevar o interesse social² sobre os interesses individual e público, ainda como ideal de se perseguir a pacífica convivência em conjunto de interesses díspares.

Frise-se, ademais, que a aparição dos interesses sociais – longe de ser a extinção dos demais interesses – configura a emersão dos direitos sociais inorganizados (FRIAS, 1941: 37) como tentativa de se estabelecer um direito organizado com fulcro na natural e espontânea cooperação informal dos indivíduos em sociedade.

No direito brasileiro, em particular, vislumbra-se a socialização do direito privado em várias vertentes. Sob o caráter constitucional, fez com que a onda socializante inserisse no texto da Constituição de 1988 o aspecto da *função social* em institutos que na época da Revolução Francesa eram considerados flagrantes características do sistema que se inaugurava, *v. g.*, a *propriedade*. Surgindo como direito absoluto e intocável pelo liberalismo burguês, no Estado Social o exercício deste direito de propriedade está restrito, sendo sua realização condicionada à função social (art. 5º, XXIII, CR/88). No mesmo sentido – socializante – deu proteção inexorável aos débeis, tais como consumidor, trabalhador, idoso, criança e adolescente, etc.

Ainda em sede constitucional, o art. 170 do mesmo diploma elenca diversos princípios que a ordem econômica brasileira deve respeitar. De efeito, divisa-se certos limites impostos à iniciativa privada pela defesa do consumidor, ainda pela função social da propriedade, a busca do pleno emprego, etc.

Infere-se daí a inauguração de um Estado Democrático-Social levado a efeito pela Constituição de 1988, o que, como adverte Moreira (1987: 38), não consubstancia uma ruptura no sistema econômico, mas na *forma* econômica, que advém com o escopo de ratificar o sistema.

3 A Defesa do Consumidor como Direito Fundamental: a natureza da norma do inciso XXXII do art. 5º da CR/88

2 Tem-se por *interesse social* aquele cujo titular é a sociedade, em disparidade ao *interesse público*, cujo titular, como dissemos, é o Estado, enquanto Poder Público.

Inicialmente, forçoso consignar que, na atual ambiência constitucional, a defesa do consumidor consubstancia a assimilação do capitalismo como forma de sistema econômico adotado no seio daquele documento jurídico-político, no momento em que reforça a atomização do ser humano, fazendo-o deslembrar de sua situação de classe, como demonstrado acima.

Daí a aguda advertência de Grau (2003: 217):

Primeiro, o atinente ao fato de que, considerando categorias não ortodoxas de interesses – interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos – a defesa do consumidor, tal qual outras proteções constitucionais, carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a atomização dos interesses do trabalho. Essa perversão, especialmente nas sociedades subdesenvolvidas, não pode ser ignorada.

Comparato, citado por Grau (2003: 217), coteja as relações produtor x consumidor e capital x trabalho, concluindo pela alienação da primeira:

Na verdade, a dialética produtor x consumidor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital x trabalho. Esta comporta definições claras e separações radicais, ao contrário daquela. A rigor, todos nós somos consumidores; o próprio Estado é consumidor, e dos mais importantes; e grande parte dos consumidores acha-se, também, inserida no mecanismo da produção, direta e indiretamente. Eis porque, na arbitragem de conflitos desse tipo, nem sempre nos deparamos com uma nítida distinção entre ‘fracos’ e ‘poderosos’ em campos opostos. Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a tomar o partido deste e não da ‘classe’ dos consumidores em geral, como tem sido visto, em episódios recentes... A consciência de classe é fruto de uma reflexão sobre a situação dos homens no ciclo de produção econômica, não no estágio do consumo de bens e serviços. Nesta concepção a preocupação com a tutela do consumidor revela-se propriamente alienante.

Destarte, independentemente do poder econômico de cada indivíduo, ou mesmo pessoa moral, todos podemos ser consumidores em determinada situação concreta frente a um fornecedor profissional de produtos ou serviços. Tal

fenômeno enseja, de seu turno, a dispersão de interesses essencialmente comuns em razão da efemeridade da circunstância consumerista, tornando obscura a dicotomia de classes. Assim, possível que ocorra a união de interesses entre pessoas, físicas e/ou jurídicas, de forma esporádica, sendo que historicamente nunca pertencerão à mesma classe sócio-econômica.

Não obstante, avulta de importância o reconhecimento e a consagração da defesa do consumidor como direito fundamental, desdobramento cristalino do princípio da dignidade humana, a limitar o exercício da livre iniciativa como valor protegido constitucionalmente.

Com efeito, sobre não inexistir de forma absoluta hierarquia entre direitos fundamentais – sem embargo da rigidez concedida a algumas normas –, sua admissão, dessarte, restringe-se a hipóteses especialíssimas (MENDES, 2002: 283).

Pois bem.

Segundo a Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXII, é dever do Estado fomentar (promover) a defesa do consumidor, na forma da lei. Tratando-se de norma que encerra um *direito fundamental*, conectado ao absoluto princípio da *dignidade humana*, obviamente sobrepor-se-á a dispositivo também constitucional que não possua a mesma natureza, eis que, às escâncaras, não se traduz este em princípio fundamental do Estado Democrático de Direito inaugurado em 05 de outubro de 1988, via de consequência, não faz parte do núcleo constitucional rígido. Da mesma forma, pelo princípio da hierarquia das normas, direcionará todo trabalho legislativo infraconstitucional a ser realizado.

Frise-se, no entanto, tratar-se de norma de eficácia limitada à edição de lei para que sua aplicabilidade não seja comprometida. A despeito disso, somente obedecendo a sérias restrições contidas no corpo constitucional o legislador ordinário poderá realizar seu trabalho de complementação constitucional.

Nas palavras de Mendes (2002: 227) trata-se de uma *restrição mediata*, *verbis*:

Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*)

Além de exigir uma restrição mediata, o preceptivo insculpido no art.

5º, XXXII da CR/88 pressupõe uma *reserva legal qualificada*, que, ainda nas palavras de Mendes (2002: 236):

Tem-se uma *reserva legal* ou *restrição legal qualificada* (*qualifizierter Gesetzesvorbehalt*) quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.

Assim, como se extrai da simples leitura do dispositivo constitucional referente à defesa do consumidor, a legislação infraconstitucional deverá seguir as vinculações estabelecidas pelo legislador constituinte originário no sentido de promover somente àquela **defesa**, sob pena de inconstitucionalidade.

Dessarte, qualquer manifestação do Estado – seja administrativa, legislativa ou jurisdicional – deverá ter por escopo a promoção da **defesa** do consumidor, sendo que outros fins deverão ser considerados inconstitucionais, em razão de incompatibilidade vertical com o direcionamento ofertado pelo preceptivo da Constituição da República.

A outro giro, forçoso admitir que a *livre iniciativa* encerra um valor constitucionalmente protegido, consoante dispõe o artigo 5º, *caput* da CR/88, o que deixaria em rota de colisão direitos e valores igualmente protegidos pela Carta.

No entanto, trata-se, em verdade, de hipótese de colisão de direitos e valores fundamentais que leva o intérprete a obtemperar sobre os interesses contrapostos. Isto porque, não obstante previsão legal expressa (art. 4º, *caput* CDC), a harmonia nas relações consumeristas cogitada encerra cínica utopia em se tratando de sociedade compostas de classes díspares, como ocorre em todas as sociedades capitalistas, e, em sede constitucional, avulta de importância a adequação dos princípios, sem que se esvaziem totalmente quaisquer deles.

Via de consequência, mister fazer coro com Mendes (2002: 299) quando afirma que:

Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevância (CF, art. 1º, III).

Acolitando tais escólios, divisa-se que na existência de colisão entre este direito fundamental (defesa do consumidor) e determinados valores constitucionalmente protegidos (no particular, a livre iniciativa), preponderará aquele direito em detrimento a estes valores, uma vez que se situa – o direito fundamental – estreitamente ligado ao princípio da dignidade humana, na sua face do *homem-consumidor*.

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 153.531. Rel. Ministro Marco Aurélio, como nos dá conta, ainda, Mendes (2002: 299):

Na discussão sobre a legitimidade das disposições reguladoras do preço de mensalidades escolares, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que, com objetivo de conciliar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, *‘pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.’*

É patente a prevalência – na hipótese de colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e valores constitucionalmente protegidos – do *princípio da dignidade humana*, que se desdobra em outros direitos, dentre os quais, a defesa do consumidor.

Em compêndio, força é admitir que, à luz da Constituição da República e de sua hermenêutica mais moderna, sobrepuja de importância a defesa do consumidor quando em conflito com o valor da *livre iniciativa*, por encerrar princípio de maior *peso*, qual seja, o da *dignidade humana*.

4 Preenchimento axiológico do termo “defesa” estampado no preceptivo constitucional. A Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004.

Como visto, o inciso XXXII do art. 5º da CR/88 encerra um dispositivo constitucional de eficácia limitada à edição de norma complementadora. Ademais, enseja uma *restrição legal qualificada* no momento em que exige determinado comportamento legislativo infraconstitucional, sem o qual se mostra incompatível com o texto fundamental.

Resta, portanto, oferecer um preenchimento axiológico consentâneo com o nível alcançado pela ciência jurídica ao termo “defesa”, naquele dispositivo

inserido, sem deslembrar da ideologia constitucionalmente adotada, qual seja, o liberalismo-social.

É cediço que os direitos fundamentais do homem não são dogmas estáticos inseridos em um documento fundamental, o qual não acolha progressivas interpretações segundo o natural desenvolvimento humano, bem como as mutações sociais inevitáveis.

Ao reconhecer o paradoxo existente entre vincular o legislador e lhe dar oportunidade de oxigenar a Constituição, assevera Canotilho (2001: 63-4):

Na posição aqui pressuposta, o problema da vinculação do legislador não é um problema de autovinculação mas de heterovinculação; a legislação não conforma a constituição, é conformada por ela... A *aporia* da vinculatividade constitucional insiste na *contradictio*: por um lado, o legislador deve considerar-se materialmente vinculado, positiva e negativamente, pelas normas constitucionais; por outro lado, ao legislador compete ‘actualizar’ e ‘concretizar’ o conteúdo da constituição. Perante este ‘paradoxo’, a proposta a antecipar é a seguinte: *o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental*. Todavia, a constituição não é nem uma *reserva total* nem um bloco *densamente* vinculativo, a ponto de remeter o legislador para simples tarefas de execução, traduzidas na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções, cujos pressupostos de facto encontram uma normação prévia exaustiva nas normas constitucionais. Em termos sintéticos: *a não disponibilidade constitucional é o próprio fundamento material da liberdade de conformação legislativa*.

Dessa forma, a complementação a ser operada pelo legislador infra-constitucional, a despeito de seu dever oxigenador, estará sempre vinculada ao desiderato constitucional.

Com efeito, afirma ainda o constitucionalista lusitano a mutabilidade do homem no atropologismo constitucional referente ao princípio da dignidade humana (CANOTILHO, 2001: 34-5):

1 – O ‘*homo clausus*’ ou o ‘*antropologicum fixo*’. Quan-

do na Constituição Portuguesa se fala em respeito pela ‘dignidade da pessoa humana’ não se trata de definir ou consagrar um ‘*homo clausus*’, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como ‘centro do espírito’, nem impor constitucionalmente uma ‘imagem unitária do homem e do mundo’, nem ainda ‘amarrar’ ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tornar claro que na dialéctica ‘processo-homem’ e ‘processo-realidade’ o exercício do poder e as medidas da *práxis* devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social.

Daí lícito afirmar que os direitos fundamentais não se vinculam ao ser-homem antropológico fixo, e, sim, ao ser-homem histórico-social, cujas vicissitudes serão determinantes para o preenchimento axiológico dos princípios insertos nas Cartas Fundamentais.

Nesta esteira, avulta de importância o direcionamento ofertado pela Constituição da República no que tange ao homem-consumidor, como desdobramento do princípio da dignidade humana.

De efeito, este – o homem-consumidor – terá direito à defesa de seus interesses promovida pelo Estado – frise-se: por quaisquer de seus Poderes – quando em colisão precipuamente com os objetivos da livre iniciativa. Isto porque reconheceu a Carta a existência, diferentemente do passado, de uma sociedade de consumo em massa, e, via de consequência, a vulnerabilidade daquele nominado *consumidor* nesta relação jurídico-sócio-econômica.

Dessarte, dentre os variegados conteúdos e formas que referida defesa pode materializar, impende ressaltar o direito à informação, por se tratar, outrossim, de direito fundamental de quarta dimensão, que, nas palavras de Bonavides (1997: 525):

São direitos da quarta geração o direito à democracia, o **direito à informação** e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (g.n.)

Ora, por tratar-se de direito fundamental em si, a corroborar a defesa do consumidor que, de seu turno, também constitui direito da mesma espécie, a aludida informação, nas relações consumeristas, deverá ser completa, cuja

abrangência facilitará o reconhecimento pelo consumidor – parte reconhecidamente vulnerável naquela relação jurídica (art. 5º, XXXII, CR/88) – dos caracteres e outras qualidades do produto ou serviço que pretenda adquirir. Daí a necessidade de se defender a completude da informação – sob pena de restar frustrado todo sistema onde os direitos fundamentais são a diretriz.

Mas não é só.

A defesa do consumidor, repetimos, como direito fundamental que é, faz avultar outro aspecto da *informação*, sem o qual restará ainda malferido o preceito constitucional.

Trata-se do *modo* pelo qual a referida informação é transmitida ao consumidor.

Com efeito, se há necessidade jurídica e material de a informação ser completa, com maiores razões a transmissão ao consumidor de tal completude deverá ser total, de maneira que alcance não o homem de intelectualidade média, mas clara a ponto de incidir sobre toda universalidade de cidadão-consumidor independentemente de sua condição intelectual. Em dizeres simples poderíamos asseverar que a mencionada universalidade se faz necessária na medida em que não somente cidadãos de razoável intelectualidade são consumidores, porém todos o são. Tal conduta – que deve ser do fornecedor de produtos e serviços, cuja imposição é ônus do Estado – mostra-se razoável tendo em vista a realidade do país, onde a grande maioria dos consumidores, a par de possuir algum conhecimento em determinada área do conhecimento humano, não detém sabedoria mínima em outros aspectos.

Assim é que a facilitação no transmitir a informação consubstancia-se em dever de conduta do fornecedor – e, repetimos, cuja imposição é ônus do Estado – que lança produtos ou serviços no mercado de consumo, concretizando regra constitucional que impõe a defesa do vulnerável.

Assim, inevitável o reconhecimento de inconstitucionalidade de quaisquer mitigações que sofra a defesa do consumidor como direito fundamental, seja na abrangência da informação, seja na forma pela qual esta informação é transmitida ao seu destinatário. Isto porque, como afirmado alhures, a mutação social, acompanhada do preenchimento axiológico dos princípios constitucionais, deve fazer o legislador de complementação atualizar os preceitos do documento fundamental. Em outras palavras: vinculado à palavra constitucional, o legislador ordinário somente poderá agir se tiver por direção a concretude

gradual do texto constitucional.

Em razão disso, o comando normativo insculpido no inciso II (parte final) do art. 2º da recente Lei federal nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, padece de inconstitucionalidade face ao art. 5º, inc. XXXII da CR/88, quando dispõe:

Art. 2º - São admitidas as seguintes formas de afixação de preços em vendas a varejo para o consumidor:

I – *omissis*

II – em auto-serviços, supermercados, hipermercados, mercearias ou estabelecimentos comerciais onde o consumidor tenha acesso direto ao produto, sem intervenção do comerciante, mediante a impressão ou afixação do preço do produto na embalagem, **ou a afixação de código referencial, ou ainda, com a afixação de código de barras.** (g.n.)

Antolha-se patente a incompatibilidade do texto legal com o comando constitucional de regência. Isto porque, ao criar a possibilidade de utilização de *código referencial* ou *afixação de código de barras* para informação do preço do produto, o legislador infraconstitucional estabeleceu retrocesso no que tange à concretização do dispositivo constitucional sobre a *defesa* do consumidor, na vertente do modo de transmissão daquela informação.

Isto porque, ao facultar a utilização de *código referencial* ou *afixação de código de barras*, praticou ato legislativo que dá ensejo à dificuldade material na transmissão da informação ao consumidor sobre o principal requisito dos atos negociais, qual seja, o *preço*, fomentando a dúvida ou até mesmo o completo desconhecimento pelo consumidor.

Com efeito, deve-se ter em mente que a concretização do dispositivo constitucional em cotejo com o preceptivo legal exige inequívoco proceder estatal em, gradualmente, preencher a palavra constitucional segundo o desenvolvimento humano e as mutações sociais, onde quaisquer desvios desse desiderato, importará flagrante inconstitucionalidade, visto que o texto da Carta não permite que a vontade legislativa sobreponha-se à vontade constitucional.

De efeito, uma vez reconhecida a existência de uma sociedade de consumo em massa, onde a parte débil é o consumidor, quaisquer mitigações através de legislação infraconstitucional restará iníqua, írrita, incapaz de prover a direção ofertada pela Constituição da República.

Materialmente fácil divisar a utilização de métodos não de todo imunes

à má-fé por parte de fornecedores que, no afã da obtenção de lucros a qualquer custo, não informem ou informem de maneira sub-reptícia o preço incidente sobre o produto, a dificultar a necessária transparência que deve existir nas relações consumeristas.

5 Conclusão

À guisa de conclusão, lícito se mostra afirmar que, sem sombra de dúvida, a Lei Federal nº 10.962, de 11 de outubro de 2004 padece de inconstitucionalidade no seu inciso II (parte final) do seu artigo 2º, uma vez que, às escâncaras, mitigou a forma de transmissão da informação sobre produtos que deverá ser ofertada pelos seus fornecedores, mormente em se tratando do *preço*.

A cristalina inconstitucionalidade reside, portanto, na negação do legislador ordinário em concretizar o princípio da defesa do consumidor, mormente quanto à informação, subvertendo o sistema adotado pelo Legislador Constituinte Ordinário por mera razão de *eficiência econômica*, princípio que deve sucumbir quando em cotejo com aquele da *dignidade humana*, sendo certo, lado outro, que o sistema econômico necessita de pessoas para sua realização e, portanto, em uma tábua de valores, a viabilidade deste não pode sobrepujar a existência daquelas.

6 Bibliografia

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 755.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001. p. 539.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FRIAS, Jorge A. *Lo Permanente y lo Mudable en el Derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Adsum, 1941. p. 67.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 327.

- MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 576.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1. ed. 2. tir. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 322.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 330.
- MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987. p. 196.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E A OBRIGATORIEDADE DO TRABALHO PRISIONAL

João José Leal
*Doutor em Direito, Professor e
Ex-Procurador-Geral de Justiça – SC*

SUMÁRIO: 1 Execução Penal e Obrigatoriedade do Trabalho Prisional – 1.1 Doutrina Predominante: Legitimidade da Obrigatoriedade – 1.2 Trabalho Prisional como Atividade Facultativa – 1.3 Trabalho como Valor Social e Princípios Constitucionais – 1.4 Trabalho Prisional como Componente Indissociável do Processo de Execução da Pena Privativa de Liberdade – 2 Trabalho Externo nos Regimes Fechado e Aberto – 2.1 Incompatibilidade do Trabalho Externo com o Regime Fechado – 2.2 Trabalho Externo como Fundamento do Regime Aberto – 3 Regime Semi-aberto e Trabalho Externo – 3.1 Destinatários e Estabelecimento Penal – 3.2 Posição do CP – 3.3 A LEP e o Trabalho Externo em Regime Semi-aberto – 3.4 Doutrina sobre o Trabalho Externo – 4 Considerações Finais. Bibliografia.

1 Execução Penal e Obrigatoriedade do Trabalho Prisional

1.1 Doutrina Predominante: Legitimidade da Obrigatoriedade

A Lei de Execução Penal (LEP), além de visar a efetivação das disposições da sentença criminal, tem por objetivo ético-político o difícil e complexo desafio de “proporcionar condições para a harmônica integração social do

condenado e do internado” (art. 1º). No tocante ao trabalho penitenciário (interno ou externo), compreendido como *dever social e condição de dignidade humana*, estabelece a Lei que o mesmo terá “finalidade educativa e produtiva” (art. 28, *caput*).

A legitimidade das normas que estabelecem a obrigatoriedade do trabalho do preso, observadas suas aptidões e capacidade (arts. 34, § 1º, 35, § 1º, e 36, § 1º, do CP e 31 da LEP), é aceita pela maior parte da doutrina sem qualquer restrição.

Ney Moura TELES parte da premissa que, por meio do trabalho, o homem se tornou um ser social e afirma que o trabalho prisional é “muito mais que um direito, pois constitui um importante método para o tratamento do desajustado social que é o condenado, com vistas a obter sua reinserção na vida social livre.”¹ Romeu FALCONI não discrepa dessa posição, ao lecionar que “a laborterapia é uma das formas mais eficazes de reinserção social, desde que dela não se faça uma forma vil de escravatura.”²

Jason ALBERGARIA entende que a idéia de trabalho como *dever social* “ênfatisa a responsabilidade pessoal do preso, como a de todo homem, ao assumir seu posto na sociedade”. Conclui que a “reinserção social do preso como objetivo da pena retirou do trabalho o seu aspecto de *castigo, opressão e exploração*.”³

Odir PINTO DA SILVA e José Antônio BOSCHI assinalam que o trabalho prisional impede que o preso venha a desviar-se dos objetivos da pena “*de caráter eminentemente ressocializador, embrenhando-se, cada vez mais nos túneis submersos do crime*.”⁴

Para Júlio MIRABETE, o trabalho prisional não constitui uma agravacão da pena, “mas um mecanismo de complemento do processo de reinserção social”.⁵ Armida Bergamini MIOTTO escreve que “o trabalho, com seu sentido ético, suas funções e finalidades éticas, se integra no regime de execução da pena, concomitantemente, como um direito e um dever”. Para a autora, a laborterapia constitui importante instrumento de adaptação à disciplina prisional

1 *Direito Penal*. Parte Geral – II. São Paulo: Atlas, 1998. p. 71.

2 *Sistema Presidial: Reinserção Social?* São Paulo: Ícone Editora, 1998. p. 71.

3 *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 54.

4 *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 39.

5 *Execução Penal. Comentários à Lei n. 7.210, de 11.07.84*. São Paulo: Atlas, 1987. p. 109.

e de autopreparação para a vida em liberdade.⁶

Helena Cláudio FRAGOSO admite que o trabalho sempre foi considerado “elemento essencial ao tratamento penitenciário, por ser um dever social e condição da dignidade humana” e lamenta que a realidade penitenciária de nosso país não oferece oportunidade de trabalho para a maioria dos condenados.⁷ No entanto, admite não só a necessidade como também, implicitamente, a legitimidade da obrigatoriedade do trabalho prisional.

1.2 Trabalho Prisional como Atividade Facultativa

Doutrina mais recente, no entanto, questiona a constitucionalidade do dispositivo que obriga o preso a trabalhar. Carmen Silvia BARROS, com base nos dispositivos constitucionais que asseguram a liberdade de escolha de trabalho, ofício e profissão ou no que proíbe a pena de trabalho forçado (art. 5º, incisos XIII e XLVII, c), afirma que “*o trabalho do preso só pode ter caráter facultativo*”. Entende a autora que, como parte do processo que objetiva a reinserção social do preso, cabe ao Estado oferecer a oportunidade de trabalhar, mas, no que diz respeito ao condenado “*só pode ser uma oferta que ele é livre para aceitar ou não*”. Em nota de página, escreve de forma incisiva: “Trabalho obrigatório com o qual não consente o preso é, sem dúvida, trabalho forçado.”⁸

Ao analisar o direito português, embora reconhecendo a existência de um *dever fundamental* (constitucional) de trabalhar, que considera relevante para a posição jurídica do recluso, Anabela Miranda RODRIGUES afirma inexistir uma “*consagração legal de um dever específico de trabalhar*”. Defende a idéia de que existe sim um *direito* e não um *dever legal ao trabalho*. A autora, no entanto, reconhece que o trabalho penitenciário está consagrado na legislação da maioria dos países europeus “*como um dever para os reclusos condenados*”.⁹

Há uma dificuldade aparente para se harmonizar a regra da obrigatoriedade

6 *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2., p. 493-5.

7 *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 297.

8 *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 184.

9 *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.

do trabalho prisional com as normas constitucionais que asseguram a liberdade de escolha de uma atividade laboral e a que proíbe o trabalho forçado (art. 5º, incisos XIII e XLVII, letra *c*, da CF). Além disso, o art. 6º, *caput*, consagra o trabalho como um *direito social* e não como dever do cidadão.

Pode-se, ainda, acrescentar o argumento de que, num Estado Democrático de Direito, o preso, mesmo tolhido de sua liberdade física de locomoção, tem a liberdade de se autodeterminar para o trabalho e decidir se quer ou não exercer uma atividade laboral no interior de um estabelecimento penal. Ao ser condenado a uma pena privativa de liberdade, o preço éticojurídico a ser pago pelo *seu crime* consiste na perda de *sua liberdade física de locomoção*. Esse seria o único bem jurídico legitimamente atingido pela sanção privativa da liberdade.

Além disso, o próprio CP estabelece que o “*preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade*” (art. 38). Em conseqüência, poder-se-ia argumentar que, mesmo privado de sua liberdade de locomoção física, o preso conserva o direito de se abster do trabalho penitenciário.

E mais: numa sociedade democrática e plural, desde que não prejudique interesses de terceiros ou perturbe o espaço de liberdade coletivo, o cidadão tem o direito de ser diferente, de optar por uma forma comportamental divergente daquela ditada pelos padrões ou paradigmas predominantes de normalidade ética. Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia afirmar que a obrigatoriedade do trabalho prisional é, à luz do Direito Penal Democrático, inadmissível, pois o preso pode optar por cumprir sua pena no interior da cela, sem causar qualquer problema relacionado com a disciplina prisional. Portanto, o poder estatal se ressentiria da indispensável legitimidade para acrescentar à resposta punitiva uma obrigação a mais a ser suportada pelo condenado.

1.3 Trabalho como Valor Social e Princípios Constitucionais

A nosso ver, a contradição inexistente. O fato de ser obrigatório, o moderno trabalho prisional não pode ser comparado à antiga prática penal do *trabalho forçado*. Este consistia na própria pena, enquanto que o encarceramento representava tão-somente um indispensável instrumento de contenção do condenado, para que a pena corporal, com toda a carga de crueldade de que se revestia, pudesse ser efetiva e compulsoriamente executada. A recusa, do condenado,

em exercer o penoso trabalho acarretava o emprego dos meios violentos e dos suplícios que se fizessem necessários para a execução forçada do trabalho. A própria morte do condenado não era descartada.

Portanto, não nos parece aceitável a idéia de que a obrigatoriedade do trabalho prisional equivale à prática do trabalho forçado.

Hodiernamente, a expressão *trabalho obrigatório* deve ser interpretada à luz dos princípios político-jurídicos que emanam da Constituição e do próprio sistema normativo infraconstitucional (CP, CPP e LEP). Isso significa que, embora o Direito estabeleça o dever ao trabalho prisional, o preso pode recusar-se a trabalhar e o aparelho estatal responsável pela condução do processo material de execução da pena privativa de liberdade não poderá utilizar legitimamente de qualquer meio ou instrumento para compelir ao trabalho.

A recusa ao trabalho, se injustificada, configura, é lógico, falta grave, e o condenado não apresentará o necessário mérito prisional para ser beneficiado pela progressão de regime e por institutos despenalizadores, como a remição, comutação de pena, indulto ou livramento condicional. Será o preço jurídico a pagar por sua injustificada recusa a cumprir uma das regras mais relevantes da disciplina prisional e por sua opção de, voluntariamente, cumprir sua pena de forma diferente daquela estabelecida pela lei de execução penal.

Ainda no campo dos princípios constitucionais, não se deve esquecer que um dos princípios fundantes da República Federativa do Brasil é o do *valor social do trabalho*, consagrado no inciso IV do art. 1º da CF. Da mesma forma, a Carta Magna estabelece como fundamento da ordem econômica a *valorização do trabalho* (art. 170), enquanto que a “*ordem social tem como base o primado do trabalho*” (art. 193). Ora, se o trabalho reveste-se de valor social e se a própria ordem social se constitui e se legitima a partir do trabalho, é lógico que o trabalhar representa um inquestionável dever cívico para todo e qualquer cidadão. E se isso é válido para o cidadão livre, vale também para o cidadão-condenado da justiça criminal. A própria Anabela Miranda RODRIGUES, acima mencionada, não deixa de reconhecer que “*como qualquer cidadão, o recluso encontra-se vinculado ao dever fundamental de trabalhar.*”¹⁰

Cabe ressaltar que, além de estar positivada na maioria das legislações penais e penitenciárias das nações contemporâneas, a obrigatoriedade do tra-

10 Op. cit., p. 100.

balho prisional é prevista como uma das Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário (nº 71.2) da ONU. Trata-se, portanto, de dever jurídico cuja fonte material transcende o plano do direito interno para se projetar como uma norma jurídica de natureza verdadeiramente internacional.

Finalmente, não podemos esquecer do discurso ético-político, vigente desde o Século XVIII, fixador da idéia de que a sociedade em que vivemos – a nossa sociedade – é, ideologicamente, concebida, sentida, apreendida e praticada como uma *sociedade de trabalho*. Somente quem trabalha desfruta de efetiva cidadania e tem efetiva dignidade. Conforme assinalou Josué Pereira da SILVA, historicamente, o trabalho se transformou num “*princípio organizador fundamental das relações sociais*” e num importante e indispensável instrumento de aquisição da existência e identidade social. Para esse autor, a sociedade em que vivemos se constituiu como uma indiscutível “sociedade de trabalhadores”.¹¹

Nessa mesma linha de pensamento, Wanderley CODO *et alii* afirmam que a “construção do indivíduo é a história do trabalho. Inicialmente, o indivíduo aparece como um repositório dos vários outros. A dissolução da aparência das reposições se dá através do trabalho. O trabalho é, portanto, maneira do indivíduo existir, objetivar-se e, ao objetivar-se, se subjetivar”.¹²

1.4 Trabalho Prisional é Componente Indissociável do Processo de Execução Material da Pena Privativa de Liberdade

Creemos que toda essa polêmica ficaria superada se entendêssemos o trabalho prisional como um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade. Na verdade, o penitenciariismo surgiu no final do Século XVIII com uma proposta definida quanto ao fundamento e às funções da pena: punir pelo crime praticado (função retributiva da pena), prevenir novos crimes (função preventiva da pena) e recuperar moral e socialmente o condenado (função utilitarista). Com base na ideologia liberal e cristã (principalmente a doutrina protestante) da época, acreditava-se no trabalho

11 A Crise da Sociedade do Trabalho em Debate. *Revista de Cultura e Política Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 35, 1985. p. 171-1.

12 *Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 50.

como um dever do cidadão e de todo o bom cristão. Somente os que exercessem trabalho produtivo poderiam ser considerados merecedores da condição humana de dignidade política e religiosa.

Por isso, o Penitenciarismo foi concebido e praticado para associar à perda da liberdade física (retributivismo) a oportunidade para a recuperação moral e social do condenado pelo trabalho prisional (utilitarismo). Assim, fica evidente que, desde a origem, a pena privativa de liberdade pressupôs a prática do trabalho como um de seus componentes indissociáveis.

Com muita propriedade, Michel FOUCAULT assinala que a prisão teria se constituído, antes que o Direito Criminal dela viesse a fazer uso, em uma forma sistemática de se punir o indivíduo. No transcorrer do Século XVIII, ela foi se consolidando como a expressão de uma sociedade-disciplina - estrutural e ideologicamente organizada -, para repartir, fixar, distribuir e classificar espacialmente os indivíduos, tirar deles o máximo de tempo e o máximo de forças, treinar seus corpos e para mantê-los numa visibilidade sem lacuna. Para o autor, a *“forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência”*.¹³ Quanto ao trabalho prisional propriamente dito, entende que foi concebido para acompanhar o encarceramento de forma necessária. Aprofundando sua crítica ao penitenciarismo, o autor assinala que a prisão deve ser vista como uma verdadeira *“máquina de que os detentos-operários são ao mesmo tempo as engrenagens e os produtos”*.¹⁴

Por isso, parece-nos claro que a filosofia inspiradora do penitenciarismo moderno fundamentava-se na premissa de que o encarceramento do indivíduo-delinquente somente se justifica ética e politicamente se concomitante com o exercício de uma atividade laboral, visando transformá-lo em cidadão socialmente útil. Assim, o conceito de prisão como pena com função ressocializadora pressupõe necessariamente a prática do trabalho prisional. Ainda recorrendo à arguta e perspicaz crítica de Michel FOUCAULT, por meio do trabalho, *“o ladrão é requalificado em operário dócil”*.¹⁵

Hoje, sabemos que a função recuperatória é altamente questionável quanto aos seus resultados práticos, enquanto que a função retributiva perde força e, em seu lugar, acentua-se a função preventiva individual. Acredita-se

13 *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977. p. 207.

14 *Idem*, p. 216.

15 *Ibidem*, p. 217.

que a pena se justifica para evitar que o indivíduo infrator cometa mais crimes e para garantir-lhe, ao final do processo executório penal, o direito de inserção social. Mesmo assim, os estabelecimentos penais não podem deixar de oferecer aos condenados as condições mínimas de assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, conforme preconiza a ONU em suas Regras Mínimas para Tratamento do Presidiário e se encontra positivado na própria Lei de Execução Penal (art. 11). Não obstante a grande frustração quanto aos resultados positivos da função ressocializadora da pena, é preciso manter a firme crença na necessidade de se garantir ao preso a oportunidade de optar voluntariamente por uma futura reinserção social, que represente a expectativa de uma vida em liberdade com o mínimo de dignidade.

Se assim não fosse, os estabelecimentos penais não precisariam ser concebidos e construídos para o fim de oferecer, nas diversas áreas acima mencionadas, o mínimo de assistência ao preso. Em conseqüência, teríamos que admitir a validade de um retorno à função estritamente retributiva da pena e isto contraria o próprio processo histórico de humanização do sistema punitivo. Por isso mesmo a pena de prisão não pode ser dissociada da idéia de trabalho.

Portanto, se o trabalho prisional é parte integrante do processo de execução material da pena privativa de liberdade, não vemos razão para se questionar a sua legitimidade jurídica e, muito menos, a constitucionalidade das regras que estabelecem a sua obrigatoriedade. Se a própria Constituição admite a pena privativa de liberdade como uma das formas legítimas de resposta punitiva estatal (art. 5º, inciso XLVI, letra *a*) e se o trabalho é uma atividade inerente ao processo de execução da pena de prisão, não podemos negar validade à norma que prevê a obrigatoriedade do trabalho prisional. Este, a nosso ver, constitui-se num componente indissociável e uma prática inerente do moderno processo de cumprimento da pena privativa de liberdade.

Cabe reiterar, no entanto, que não obstante a regra da obrigatoriedade, o preso pode se recusar ao trabalho prisional e preferir cumprir sua pena com infração a essa regra da disciplina prisional. Isso demonstra que se trata de um dever jurídico dotado da respectiva sanção, que se consubstancia na perda de benefícios legais previstos na legislação penal e de execução penal.

Por último, é preciso reconhecer que ao dever de trabalhar por parte do condenado corresponde o dever estatal de proporcionar ao preso a oportunidade de exercer, com dignidade, um tipo de trabalho compatível com sua aptidão física e intelectual e que seja viável em face dos limites da realidade

penitenciária.

2 Trabalho Externo nos Regimes Fechado e Aberto

2.1 Incompatibilidade do Trabalho Externo com o Regime Fechado

Quando nos referimos ao trabalho penitenciário, estamos tratando do trabalho interno, que é a regra nos regimes semi-aberto e fechado. Aliás, neste último, como veremos adiante, não deveria ser admitida a modalidade do trabalho externo, que é o objeto específico de nosso estudo. A nosso ver, o trabalho externo somente tem sentido nos regimes semi-aberto e aberto. Este último, vale ressaltar, somente é concebível com base no trabalho externo.

Nosso Código Penal, a exemplo da grande maioria dos países modernos, adotou o *sistema progressivo* no que diz respeito ao processo executório da pena privativa de liberdade. Em consequência e dependendo do quantum aplicado na sentença condenatória e das condições jurídicopenais do condenado, a pena privativa de liberdade será cumprida de forma progressiva, iniciando pelo regime fechado, passando pelo regime semi-aberto até o regime aberto, antes do livramento condicional. No caso de falta disciplinar cometida durante o processo de execução, em vez de progressão, poderá ocorrer a regressão ao regime mais grave.

O regime fechado, aplicado em regra aos condenados a uma pena de reclusão superior a 8 anos ou aos reclusos-reincidentes (neste caso não importa o *quantum* da pena aplicada), deve ser cumprido em Penitenciária de Segurança Máxima ou Média (arts. 33, § 1º, letra *a*, do CP e 87 da LEP). O trabalho prisional diurno deve ser realizado no interior do estabelecimento penal, em oficinas ou locais especialmente preparados para tal fim.

Excepcionalmente, o trabalho externo é admitido “em *serviços ou obras públicas*”, desde que tomadas as cautelas contra eventual fuga (arts. 34, § 3º, do CP e 36 *caput* da LEP). Para exercer o trabalho externo, o condenado deverá ter cumprido 1/6 de sua pena. Sua execução, no entanto, torna-se muito difícil e dispendiosa, pois requer o emprego de vigilantes ou guardas em número suficiente para garantir a segurança dos demais trabalhadores e funcionários da obra pública e para evitar possíveis evasões dos presos. Por isso, essa forma de trabalho extramuros praticamente não tem sido utilizada no Brasil.

Além do mais, é preciso ter em mente a realidade socioeconômica brasileira, marcada por uma massa de milhões de desempregados ou subempregados: seria um inconcebível contraste ocupar eventuais postos de trabalho externo com a mão-de-obra penitenciária, deixando trabalhadores livres, cidadãos que não cometeram nenhum tipo de infração penal, sem emprego.

Por essas e outras razões, entendemos que o trabalho externo torna-se incompatível com a execução da pena em regime fechado e deveria ser admitido apenas nos regimes semi-aberto e aberto. Com isso, estaríamos evitando a possibilidade de nos deparar com cenas degradantes e plastificadas nas figuras de condenados trabalhando em meio externo, juntamente com outros “trabalhadores livres”, mas todos submetidos ao olhar fiscalizador de agentes penitenciários e sob a mira de fuzis empunhados por guardiões de uma segurança imposta a céu aberto.

Basta lembrar da cena aviltante e atentatória à dignidade humana, veiculada pelos meios de comunicação social, dos condenados do Estado norte-americano do Alabama, *quase todos negros, trajando uniforme branco*, acorrentados e trabalhando ao longo de rodovias sob a vigilância implacável de guardas armados com fuzis e metralhadoras. Expressão de uma obsessiva cultura da severidade punitiva, que massificou a prisão como instrumento de controle social – a população carcerária norte-americana dos últimos anos tem atingido a assombrosa cifra de mais de 2 milhões de internos –, a prática de acorrentar condenados para trabalhar em obras externas ao presídio, profundamente repugnante e degradante, não é exclusividade da justiça criminal daquele Estado, mas uma prática comum, lamentavelmente, em outros Estados daquele país.

2.2 Trabalho Externo como Fundamento do Regime Aberto

Quanto ao regime aberto, a execução da pena “baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado” (art. 36 do CP). O trabalho externo, em atividade pública ou privada desvinculada da administração penitenciária, constitui-se no fundamento dessa forma de cumprimento da pena privativa de liberdade. Na verdade, sem a prestação efetiva de trabalho externo com liberdade e em condições de igualdade com os demais trabalhadores, desaparece o pressuposto do regime aberto.

Portanto, o trabalho externo é inerente ao regime aberto.

3 Regime Semi-aberto e Trabalho Externo

3.1 Destinatários e Estabelecimento Penal de Cumprimento do Regime Semi-aberto

Se a pena aplicada for de detenção superior a 4 anos e primário o condenado; se este for reincidente e a pena de detenção, seja qual for o seu *quantum*; se for de reclusão superior a 4 e não superior a 8 anos, desde que não reincidente o condenado, em todos esses casos, o regime inicial será o semi-aberto (art. 33, *caput e* § 2º, letra *b*, do CP). O regime semi-aberto deve ser cumprido em *Colônia Penal Agrícola ou Industrial ou estabelecimento similar* (art. 33, § 1º, letra *b*, do CP).

Nesse regime, o condenado cumpre sua pena sem ficar submetido às regras rigorosas do regime fechado, isto é, sem ficar sujeito ao isolamento penitenciário. Por isso, a **Colônia Penal** é estabelecimento que não possui dispositivos e equipamentos ostensivos de segurança contra fuga do condenado: grades, muros, cercas, vigilância ostensiva com guardas armados, etc. Num sentido amplo da expressão, as colônias penais podem ser classificadas como estabelecimentos penais abertos, principalmente, as agrícolas, onde os condenados trabalham a céu aberto, nos afazeres próprios da agricultura ou da pecuária. As atividades são ali desenvolvidas sem a vigilância ostensiva de funcionários ou guardas. O cumprimento da pena se desenvolve num regime de confiança entre o condenado e o pessoal da administração penitenciária, regime este que deve caracterizar-se como uma categoria intermediária entre o fechado e o aberto. A disciplina prisional deve ser observada pelo condenado sem a necessidade de mecanismos rígidos de controle, como no caso do regime fechado.

Estando o condenado internado numa Colônia Penal, o trabalho prisional deve ali ser realizado. Essa é a regra e isso torna prejudicada toda e qualquer discussão a respeito do trabalho externo. No entanto, no caso de inexistência de Colônia Penal, fato comum na prática da execução penal brasileira, cabe ressaltar que o regime semi-aberto não pode ser cumprido em Penitenciária, que é o estabelecimento penal adequado para o cumprimento de pena reclusiva em regime fechado. Tampouco em “pavilhões” “alas” ou espaços anexos de uma Penitenciária. Isto também parece não comportar qualquer dúvida.

3.2 Posição do CP sobre o Regime Semi-aberto e Trabalho Externo

Ao traçar as regras gerais de direito material sobre o regime semi-aberto, o § 2º do art. 35 do CP estabelece que o “*trabalho externo é admissível*, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior”. Verificamos que a norma penal, ao criar o direito, não estabelece qualquer condição objetiva de ordem temporal para o seu exercício pelo condenado. E é regra elementar de hermenêutica que, onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir em prejuízo do indivíduo.

Dessa forma, pode-se concluir que o Direito Penal vigente, levando em consideração os males inevitáveis causados pelo encarceramento, as dificuldades verificadas em nosso país para a construção e manutenção de estabelecimentos penais adequados em conformidade com a lei positiva e, em especial, visando a efetivar a *harmônica integração social do condenado*, autoriza o trabalho externo em regime semi-aberto. Quanto a esse direito do condenado, não há qualquer divergência na doutrina ou na jurisprudência. A divergência se manifesta apenas no tocante aos requisitos e às hipóteses em que o trabalho externo pode e deve ser autorizado.

3.3 A Lei de Execução Penal e o Trabalho Externo em Regime Semi-aberto

Ao fixar as regras para a disciplina do trabalho externo, a LEP admite essa modalidade laboral para os condenados em regime fechado, “*desde que tomadas as cautelas contra a fuga*” (art. 36, *caput*). O dispositivo seguinte (art. 37) estabelece que o trabalho externo depende de aptidão, disciplina e responsabilidade, “*além do cumprimento mínimo de um sexto da pena*”. Uma correta interpretação lógico-sistêmica conduz ao entendimento de que esses dois dispositivos são aplicáveis unicamente ao trabalho externo dos condenados em regime fechado. Isso porque, pela natureza mais rigorosa quanto à disciplina prisional e à liberdade de locomoção, a regra nesse regime consiste em se cumprir a pena de forma segregada do meio externo, no interior de um estabelecimento penal dotado de mecanismos ostensivos contra a fuga.

Portanto, no regime fechado, a regra é o trabalho interno, e a exceção, o trabalho externo ao estabelecimento penal. Conforme assinalamos acima,

cremos que o trabalho externo é incompatível com o regime fechado. Ao menos devemos reconhecer a extrema dificuldade material e a inconveniência político-jurídica de sua efetiva execução.

Quanto ao trabalho externo dos condenados em regime semi-aberto, a LEP não estabelece qualquer condição ou requisito para o exercício desse direito. Aliás, a LEP é omissa na disciplina do trabalho externo em regime semi-aberto. Não cremos que o direito contido no art. 36 da LEP seja aplicável, por meio de um oblíquo processo de interpretação, às hipóteses de trabalho externo dos presos em regime semi-aberto. Parece-nos que as regras ali positivadas referem-se exclusivamente aos casos de trabalho externo dos presos em regime fechado e, portanto, não há como serem aplicadas aos presos em regime semi-aberto, o que justifica um tratamento menos rigoroso.

Tanto é que, nos artigos já mencionados e nos arts. 122 a 125, que tratam da *saída temporária*, direito este assegurado aos condenados em regime semi-aberto, não há qualquer referência à saída para o exercício de trabalho externo. Diante da omissão da Lei de Execução, mas tendo-se em vista a norma expressa de direito material (art. 35, § 2º, do CP), torna-se indiscutível o direito do preso, em regime semi-aberto, ao trabalho externo, direito este que precisa ser judicialmente garantido, para que a justiça seja efetivada em nível de execução penal.

3.4 A Doutrina sobre Trabalho Externo em Regime Semi-aberto

Diante da taxatividade da norma contida no art. 35, § 2º, do CP, os doutrinadores têm posição unânime em reconhecer o direito ao trabalho externo pelo condenado em regime semi-aberto. Em síntese, os autores pesquisados fazem referência ao disposto na lei positiva, que é expressa para garantir o direito ao trabalho externo pelo condenado em regime semi-aberto.

Os comentadores de nosso CP¹⁶, no entanto, não questionam as condições e circunstâncias em que o condenado no regime semi-aberto poderá

16 JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 462; TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Atlas, 1998. p.52. MIRABETE, Júlio F. *Manual de Direito Penal* – Parte Geral. São Paulo: Atlas, 1998. p. 259; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal* – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 259; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal* – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 297; LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. São Paulo: Atlas, 1998. p. 333.

exercer o direito ao trabalho externo. Questões, por exemplo, não abordadas pela doutrina: a validade de cumprimento da pena em regime semi-aberto em estabelecimento penal que não seja a Colônia Penal; o direito de o condenado que iniciar o cumprimento de sua pena nesse regime prisional mais brando trabalhar fora do presídio, desde o começo do processo executório; o exercício de trabalho externo mesmo se houver oportunidade de trabalho no interior do estabelecimento penal adequado, no caso, a Colônia Penal.

Por outro lado, há entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o trabalho externo somente pode ser autorizado ao condenado em regime semi-aberto, após o cumprimento de um sexto da pena. A nosso ver, a exigência desse requisito só tem sentido e procedência jurídica quando o condenado iniciar a execução da pena em regime fechado e, por mérito, progredir para o regime semi-aberto. Nessa hipótese, o condenado já terá cumprido um sexto da pena e, assim, poderá satisfazer esse requisito objetivo para ser beneficiado com o trabalho externo.

No entanto, se o condenado iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto e preencher os requisitos de ordem subjetiva (boa conduta social, personalidade sensível à função motivadora da norma penal e compatível com o trabalho fora do estabelecimento penal, garantia de trabalho externo lícito e adequado à condição de trabalhador-condenado), *cremos que poderá exercer trabalho externo desde os primeiros dias do processo executório penal*, sem ter de cumprir um sexto da pena, basta inexistir Colônia Penal ou vaga nesse estabelecimento. A razão é simples: ao cumprir um sexto de sua pena e apresentar mérito prisional, quando o condenado exercitar o seu direito subjetivo já não mais será apenas para o trabalho externo em regime semi-aberto, mas para a progressão ao regime aberto, bem mais favorável. Portanto, não tem sentido a exigência desse lapso temporal em relação aos condenados em regime semi-aberto.

Vale ressaltar, mais uma vez, que o art. 35, § 2º, do CP não estabelece nenhum requisito, seja de ordem objetiva ou subjetiva, para a concessão do trabalho externo no regime semi-aberto. Por sua vez, como o requisito contido no art. 37 da LEP só se refere ao trabalho externo no regime fechado, acreditamos que a exigência desse lapso temporal é inaplicável ao regime semi-aberto. Não nos parece admissível que a norma de conteúdo material, asseguradora de um direito que trata da liberdade, seja inútil, vazia de conteúdo e despida de qualquer aplicabilidade. Além disso, não seria admissível, como a melhor

interpretação para a questão em exame, que o disposto no art. 37 da LEP, que é norma procedimental e que está inserida numa seção disciplinadora do trabalho externo em regime fechado, prevaleça sobre o disposto no art. 35, § 2º, do CP, que é norma substantiva. Seria admitir-se uma inversão nos valores da hierarquia normativa consagrada por nosso sistema jurídico.

Em conclusão, cremos que a questão pode ser assim resumida: existindo vaga em Colônia Agrícola ou Industrial ou *estabelecimento similar* (art. 33, § 1º, letra *b*, do CP e 91 da LEP), o trabalho no regime semi-aberto deve ser realizado no interior desse estabelecimento penal. *Essa deve ser a regra. Somente em caso excepcional, poderia ser justificado o trabalho externo.*

Na hipótese de inexistência de vaga ou da própria Colônia Penal – o que é muito comum em nosso país -, *cremos que o condenado em regime semi-aberto deve ser autorizado a exercer trabalho externo, sem a necessidade de cumprimento de 1/6 da pena.* O que não é admissível é denominar “pavilhões”, “espaços anexos” ou “alas” de penitenciárias com o rótulo oficial de Colônia Penal Agrícola ou Industrial, para ali improvisar um espaço penal destinado aos condenados em regime semi-aberto. Lamentavelmente, é o que vem ocorrendo em muitos Estados brasileiros, o que representa um verdadeiro “*desvio de execução*” (art. 185 da LEP), institucionalizado com a chancela de muitos juízes da execução penal.

Havendo estabelecimento adequado e a necessária vaga, além da oportunidade de exercício de trabalho interno, é lógico que não há qualquer sentido em se falar de direito ao trabalho externo.

4 Considerações Finais

Do estudo que realizamos sobre a obrigatoriedade do trabalho prisional e, de forma mais específica, sobre as regras jurídicas que disciplinam o trabalho externo no regime semi-aberto, chegamos a algumas conclusões que a seguir serão destacadas.

1. As normas contidas no CP (arts. 34, § 1º, 35, § 1º, e 36, § 1º, do CP) e na LEP (art. 28), estabelecendo a obrigatoriedade do trabalho prisional, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, estão em consonância com as recomendações contidas nas Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário, aprovadas pela ONU.

2. Essas normas foram recepcionadas pela CF/88 e, portanto, não contrariam princípios ali consagrados: individualização da pena; dignidade da pessoa humana; humanidade da pena; liberdade de escolha de profissão ou atividade, entre outros. Na verdade, as normas infraconstitucionais que obrigam ao trabalho prisional podem ser consideradas como a expressão das normas constitucionais que consagram o “valor social do trabalho” e o trabalho “como primado da ordem social”.

3. Essas normas se identificam, também, com a legislação penitenciária da maioria das nações contemporâneas e representam o compromisso ético-político com a adoção, no plano do direito interno, das Regras Mínimas para o Tratamento do Presidiário (art. 71, 2). Por isso, podemos afirmar que a norma que estabelece a obrigatoriedade jurídica ao trabalho prisional, além de se encontrar alicerçada em princípios constitucionais, repousa numa autêntica fonte material de direito internacional.

4. O trabalho prisional é um componente indissociável do processo de execução material da pena privativa de liberdade e sua obrigatoriedade decorre do dever maior de o condenado se submeter ao cumprimento da própria sanção e ao regime disciplinar que lhe é inerente.

5. O trabalho externo, pelas condições em que necessariamente se desenvolve, torna-se incompatível ou, ao menos, inconveniente no âmbito de cumprimento da pena em regime fechado. O Estado tem o dever de criar as condições materiais necessárias para oferecer ao preso a oportunidade de adequado exercício de trabalho no interior da Penitenciária. Esse é o preço político-jurídico a ser pago pela adoção do sistema penitenciário progressivo.

6. O trabalho externo, no entanto, é essencial ao regime aberto. Sem a garantia de exercício de trabalho externo, nas mesmas condições dos demais trabalhadores, não há que se falar em regime aberto.

7. No regime semi-aberto, pressupondo-se a existência de estabelecimento penal adequado – Colônia Penal -, o trabalho interno deve ser a regra. No entanto, o trabalho externo não só é legalmente admissível (art. 35, § 2º, do CP) como perfeitamente compatível com esse regime penitenciário, haja vista, em regra, o perfil favorável de seus condenados.

8. A LEP, no entanto, só se refere expressamente ao trabalho externo no regime fechado, admitindo-o de forma excepcional e sujeito a determinadas condições e requisitos (arts. 36 e 37). Um desses requisitos é o que exige o

cumprimento mínimo de 1/6 da pena.

9. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que, também no regime semi-aberto, o trabalho externo só será admissível se o condenado cumprir 1/6 da pena. Cremos que a exigência desse requisito de ordem temporal somente se justifica se o condenado progredir do regime fechado para o semi-aberto.

10. O condenado em regime semi-aberto deve cumprir a pena em “Colônia Penal Agrícola ou Industrial *ou estabelecimento similar*”. Esse é mandamento contido na norma legal. “Estabelecimento similar”, no entanto, não deve ser sinônimo de “pavilhão”, “ala” ou “espaço” anexo de uma Penitenciária ou de Cadeia Pública.

11. A nosso ver, o condenado que iniciar o cumprimento de sua pena em regime semi-aberto poderá exercer trabalho externo sem o cumprimento de 1/6 da pena. Para tanto, basta inexistir Colônia Penal ou vaga nesse estabelecimento. Embora a doutrina consultada seja omissa sobre a matéria, as decisões dos tribunais parecem se encaminhar para consolidar esse entendimento.

12. O cumprimento de pena em regime semi-aberto, que não seja Colônia Penal ou estabelecimento penal rigorosamente semelhante, constitui *desvio de execução* e atenta contra o princípio da individualização da pena. Em conseqüência, deve ser evitado pelos operadores jurídicos que atuam na área da execução penal.

Referências

- ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- BARROS, Carmen Sílvia. *A Individualização da Pena na Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BOSHI, José Antônio; SILVA, Odir Pinto da Silva. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- CODO, Wanderley et alii. *Indivíduo: Trabalho e Sofrimento – Uma Abordagem Interdisciplinar*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1986.

- FALCONI, Romeu. *Sistema Prisional: Reinserção Social*. São Paulo: Ícone Editora, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1977.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.
- LEAL, João José. *Direito Penal Geral*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *Curso de Direito Penitenciário*. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal. Comentários à Lei 7.210, de 11.7.84*. São Paulo: Atlas, 1987.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA, Josué Pereira da. A Crise da Sociedade do Trabalho em Debate. *Revista de Cultura e Política Lua Nova*. São Paulo: CEDEC, n. 35, 1985.
- SILVA, Odir Pinto da; BOSCHI, José Antônio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

O Supremo Tribunal Federal e os Novos Cenários de Mitigação do Poder Jurisdicional no Brasil: o Direito Penal Tributário Aplicado pela Administração Tributária

Márcia Aguiar Arend

*Promotora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa – SC
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina*

Analú Librelato Longo

Promotora de Justiça – SC

SUMÁRIO: 1 Objeto e estrutura do trabalho – 2 Modelos de Jurisdição – 2.1 Jurisdição no Direito Romano – 2.2 O modelo francês – 2.3 O sistema alemão – 2.4 A jurisdição no Direito italiano – 2.5 Caracteres do sistema do Common Law – 2.6 O sistema de jurisdição no Brasil – 3 Escorço histórico da Legislação Penal Tributária a partir da Lei 4.729/65 – 4 Análise da decisão do Supremo no HC nº 81611-8 – 5 Considerações finais – 6 – Referências.

1 Objeto e método do trabalho

Concentra-se o objeto deste estudo nos antecedentes e nas conseqüências decorrentes da decisão do Supremo Tribunal Federal que elevou as decisões da esfera administrativa tributária a ostentarem o *status* de condição objetiva de punibilidade indispensável para respaldar o ingresso de ações penais relacionadas à prática de crimes contra a ordem tributária, previstos na Lei 8.137/90.

Considerando-se a mitigação do poder de dizer o direito em matéria

penal – então exclusivo do Poder Judiciário da República – e parecendo adotar a Corte Superior modelo jurisdicional não recepcionado pela Carta Constitucional, pretende-se enfrentar a atualíssima questão com as contribuições do direito comparado, ramo da ciência jurídica de inegável potencial pedagógico, para que se compreenda o modelo de jurisdição brasileiro (que parece em crise), relacionando-o com a citada decisão, e as implicações nas possibilidades da persecução penal em matéria penal tributária.

Para tanto, o trabalho incursionará, brevemente, sobre as características basilares dos modelos de jurisdição adotados por alguns países, especialmente o modelo de jurisdição adotado pelo Brasil. Na seqüência, destacará excertos do acórdão que indicam mutações no modelo jurisdicional brasileiro e, ao final, firme na pretensão de provocar o debate, registrará as conclusões das autoras.

2 Modelos de Jurisdição

Há quem diga que o século passado poderia ser também caracterizado como tendo sido o século das comparações jurídicas. Para análise do tema, tem-se, portanto, de enfrentar, sobretudo, as comparações e diferenças existentes entre os modelos de jurisdição adotados por alguns países. De forma sintética, pode-se promover a classificação dos diversos sistemas jurídicos contemporâneos em três grandes famílias: a família romano-germânica, a família do *Common Law* e ainda a família dos Direitos Socialistas.

A família romano-germânica agrupa os países em que a formação do fenômeno jurídico erigiu-se sob a inspiração do Direito Romano. Em ditos países, as normas jurídicas são concebidas como normas de conduta, estreitamente vinculadas a preocupações de justiça e de moral. A ciência jurídica tem a tarefa fundamental de determinar o conteúdo dessas normas. Forte no envolvimento dessa premissa, a “doutrina” muito pouco se interessa pela aplicação do direito, deixando esse aspecto para os práticos do direito e da administração. Outra característica que desponta da família romano-germânica decorre do fato de que os direitos são instituídos, antes de tudo, por razões históricas, com o fim de ordenar as relações entre os cidadãos; os outros ramos do direito que abarcam soluções de conflitos entre o indivíduo e o Estado desenvolveram-se posteriormente, de modo não tão perfeito, a partir dos princípios do “direito civil”, que continua a ser o centro solar da ciência jurídica.

2.1 Jurisdição no Direito Romano

Encontra-se aí, a reconhecida inaptidão do Direito Romano para o direito público. Por isso, entre os romanos, embora o direito e a jurisdição penais, assim como a administração do Estado, fossem considerados matérias públicas, estavam submetidos ao jogo das forças políticas, nunca aos critérios exclusivamente jurídicos. É por essa característica que se pode compreender as razões pelas quais os juristas romanos não costumavam posicionar-se sobre tais matérias e tampouco estendiam seus ensinamentos para enfrentá-las. Somente no período clássico tardio, é que se assiste à incursão da literatura jurídica romana, mesmo com certas limitações, ao Direito Penal e a determinados ramos do Direito Administrativo.

Certamente em decorrência dessa prevalência do direito privado sobre o público, própria do direito romano, tem-se o registro histórico de que no continente europeu, durante séculos, privilegiou-se o direito privado.

As jurisdições instituídas ou reconhecidas pelo Estado só podiam desempenhar suas funções na esfera do direito privado se a administração figurasse como parte do litígio, falseando, tanto no plano da teoria quanto no da prática. Na teoria, porque interesse público e interesse particular encontravam-se, dentro de tal concepção, em planos distintos, não podendo ser medidos com o mesmo padrão; na prática, em virtude de constituir sério problema poderem os juízes proferir suas decisões de modo imparcial e independente em litígio tendo como partes o Estado e o particular. Somente o trabalho dos séculos foi capaz de diluir tais inconvenientes, possibilitando a organização prática do procedimento contencioso-administrativo, de modo a oferecer garantias suficientes aos particulares.

2.2 O modelo francês

Decorrente dessa realidade foi sendo erigida, gradativamente, a jurisdição administrativa que culminou com a excessiva atribuição de poderes à administração, despojando o Judiciário da função exclusiva de dizer o direito. Especialmente em função das circunstâncias que cercaram a história da França e mesmo com as contribuições da doutrina de Montesquieu, houve o fortalecimento do poder executivo inclusive no que tange à prestação de jurisdição. Cumpre ressaltar que a doutrina de Montesquieu erigiu-se na premissa de que os juízes da nação seriam apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seriam seres inanimados que

não podem moderar seja a força, seja o rigor do direito.

Dessa maneira, a doutrina da tripartição do poder de Montesquieu, recepcionada pela Revolução de 1789, envolta no manto retórico de constituir-se artefato garantidor da defesa do homem contra a tirania do poder, acabou por assegurar aos detentores dele a gestão e as doses da tirania, resultado evidente da supremacia do poder executivo e do legislativo sobre o poder judiciário.

Apenas para gizar o modelo de jurisdição francês ao tempo da Revolução, destaca-se a histórica Lei Revolucionária 16-24, de agosto de 1790, que erigia os contornos da chamada “organização judiciária”, cujos princípios tornaram-se os fundamentos do sistema judicial daquele país e de muitos outros sistemas do direito continental europeu que recepcionaram o modelo francês. O referido diploma legislativo excluiu, expressamente, do controle do poder judiciário os atos e as ações do poder legislativo e os da administração, dispondo o seu art. 13 do Título 1112:

Les tribunaux ne peuvent ni s’immiscer dans l’exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l’exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

Na mesma trilha, o art. 3º da Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791, vedou aos Tribunais qualquer interferência nas funções administrativas, proibindo, inclusive, o chamamento a juízo dos administradores, em virtude de seu desempenho em tais funções.

2.3 O sistema alemão

Já o sistema de jurisdição vigente no tempo do Império, na Alemanha, ainda no século XIX, caracterizava-se pela ausência de uniformidade na distribuição de tarefas entre jurisdição e a administração. Nem mesmo a edição da Ordenança Processual Civil (*Ziveprocessordnung*), de 30 de janeiro de 1877, ou da Lei de Organização dos Tribunais (*Gerichtsverfassungsgesetz*), de 27 de janeiro de 1877, implicaram melhoria no sistema jurisdicional que, por vezes, conferia maior prevalência aos tribunais jurisdicionais, outras vezes, privilegiava cortes administrativas, permitindo reconhecer-se a prevalência da jurisdição administrativa quando em conflito interesses dos cidadãos diante do Estado.

A Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, já temperada pelas drásticas transformações no modelo de estado resultantes da Grande Guerra,

em seu art. 14, IV, demonstra, em certa medida, a prevalência da jurisdição aplicada pela autoridade judiciária, apenas quando inexistente competência jurisdicional diversa. É do texto do citado diploma germânico: “Se alguém é lesado nos seus direitos pelo poder público, pode recorrer à autoridade judiciária. Enquanto não haja uma diversa competência, é competente a autoridade judiciária ordinária”.

Impõe-se acrescentar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência inclinam-se no sentido de estabelecer referenciais para que seja compreensível a expressão “direitos” (*Rechte*), empregada em tal dispositivo, não só os direitos subjetivos (ou seja, os direitos constitucionalmente garantidos) como também os interesses considerados legítimos e ocasionalmente protegidos (*berechtigtes Interesse*). Há, no modelo germânico, rigorosa qualificação formal de molde a estabelecer e precisar os elementos que caracterizam os “atos de autoridade pública”, de maneira a não afastar do controle judicial os atos de império (*justiziöse hoheitsakte*). Constata-se que, o âmbito de aplicação do preceito encontra sempre preciso limite objetivo, aplicado exclusivamente quando relativo aos comportamentos *decorrentes do poder público*, lesivos a uma situação subjetiva de vantagem, e, em tal sentido, visa exatamente a proteger o indivíduo perante o Estado. Permite-se, no máximo, o alargamento do conceito de “poder público” para aí enquadrar também a atividade privada da administração pública e os atos dos organismos sociais (*Verbandsmacht*). O art. 19, IV, não assegura, contudo, a tutela das relações inter cives¹.

Há que se ressaltar que os tribunais administrativos (*Verwaltungsgerichte*) foram totalmente isolados das autoridades administrativas (*Verwaltungsbehörden*), sendo providos por juízes independentes (GG. art. 97.1), designados, vitaliciamente, como membros permanentes e unidos aos tribunais ordinários no “poder jurisdicional” (*rechtsprechenden Gewalt*) (GG, art. 92).

1 Conforme a percuente abordagem do Professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*in Revista de Informação legislativa*. nº 119. jul./set. Brasília, 1993. p.221) acrescenta-se a tradução dos seguintes artigos da Lei Fundamental de Bonn:
art. 97.1: Os juízes são independentes e sujeitos apenas à lei.
art. 92: O poder .jurisdicional é confiado aos juízes: ele é exercido pelo Tribunal Constitucional, pelos tribunais federais previstos na presente lei fundamental e pelos tribunais dos *Länder*. (É importante notar que o art. 95.1, institui como Corte Suprema para a jurisdição administrativa o Tribunal Administrativo Federal).
art. 93.1, nº 4: O Tribunal Constitucional Federal julga: em **outras** controvérsias de direito público entre o *Bund* e os *Länder*, ou entre diversos *Länder*, ou internamente ao *Land*, quando não se pode recorrer a outra autoridade judiciária.

No que diz respeito à competência (*Zuständigkeit*), determina-se pela introdução de uma cláusula geral (*Generalklausel*), que tornou quase completa a tutela jurídica administrativa (*Verwaltungsrechtsschutz*). Desta forma, o sistema assegura as bases e as fronteiras entre a jurisdição civil (*Zivilgerichtsbarkeit*) e a jurisdição administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*). Aliás, a isso corresponde também a própria maneira de se expressar da Lei Fundamental de Bonn, quando fala de emprego da via judicial não só em relação aos tribunais ordinários (ou especiais) mas também no que se refere aos administrativos. No fundo, portanto, os tribunais administrativos (*Verwaltungsgerichte*) podem ser considerados tribunais ordinários (*ordentlichen Gerichte*), como os tribunais civis (*Zivilgerichte*), no âmbito do Direito Civil (*Bürgerlichen Rechts*), constituem tribunais ordinários.

Convém acrescentar que, na Alemanha, o processo civil é o processo perante o Tribunal da jurisdição ordinária nas lides civis (*Zivilprozess ist das Verfahren der Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*). Compondo-se o seu contrário dos litígios de direito públicos (*öffentlichrechtlichen Streitigkeiten*). Enquanto os litígios civis (*bürgerliche Rechtsstreitigkeiten*) derivam de relações jurídicas, estando diante delas, no mesmo plano, os direitos subjetivos, os litígios de direito público brotam de relações jurídicas entre autoridade e cidadão, nas quais o direito subjetivo aponta a posição de superioridade da primeira e a relação de subordinação do último.

Logo, o processo civil presta-se à realização da ordem jurídica privada, à medida que são acionados os tribunais da jurisdição ordinária (*Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit*). Apenas uma pequena parte dos litígios civis e dos litígios trabalhistas sujeitam-se à competência dos tribunais da jurisdição trabalhista (*Arbeitsgerichtsbarkeit*).

Há ainda os tribunais de jurisdição administrativa (*Verwaltungsgerichtsbarkeit*), de jurisdição social (*Sozialgerichtsbarkeit*) e de jurisdição financeira (*Finanzgerichtsbarkeit*), para os quais foram criados ordenamentos processuais, que, a bem da verdade, norteiam-se nos princípios fundamentais do direito processual civil. Conseqüentemente, a lei dos tribunais administrativos de 1960, a lei dos tribunais sociais de 1953 e a lei dos tribunais financeiros de 1965 atribuem um valor subsidiário ao Ordenamento Processual Civil (ZPO), como também ocorre com a legislação brasileira, que sempre realça o caráter subsidiário do Código de Processo Civil no disciplinamento do ordenamento processual. Cumpre acrescentar que, tanto lá quanto cá, há reclamações preco-

nizando a uniformização mais ampla possível de todas as leis processuais.

2.4 A jurisdição no Direito italiano

Em relação ao modelo de jurisdição adotado na Itália, impõe-se considerar que os excessos vivenciados durante o período fascista, em certa medida, moldaram o modelo concebido pelo Constituinte italiano de 1947, extratado no texto do art. 113 do atual ordenamento constitucional, assim vazado:

Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa.

E, segundo a alínea 2 do mesmo dispositivo:

tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti.

Já, na alínea 3 do art. 113, estabeleceu o Constituinte:

La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

Antes, porém, no art. 24, caput, assegurou a Carta italiana que:

Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.

Percebe-se que o modelo italiano é marcadamente original, se comparado, especialmente, aos sistemas alemão e francês. Verifica-se, pois, que o sistema alemão concentrou o deslinde das controvérsias entre cidadão e administração em uma ordem de juízes especiais (os tribunais administrativos). Já o sistema francês constituiu uma ordem de competência em juízes especiais para esse tipo de litígio, agindo com amparo em normas que estabelecem tipos processuais diferenciados, restando ao juiz civil apenas uma competência residual, em certa medida marginal.

Desse modo, a originalidade do sistema italiano reside no critério de distinção entre a tutela dos direitos subjetivos e a tutela dos chamados interesses legítimos. A primeira atribuída aos órgãos da jurisdição civil, e a segunda, à jurisdição dos órgãos da justiça administrativa (ou jurisdição administrativa em sentido subjetivo).

Exatamente em função desta dupla jurisdição, a doutrina incrementa estudos para estabelecer critérios distintivos entre direitos subjetivos e interesses legítimos. No direito subjetivo, o **interesse** vincula-se diretamente ao indivíduo, e a sua proteção constitui exclusiva decorrência da necessidade de assegurar esse direito. No interesse legítimo, afirma a corrente majoritária, o **interesse** não se liga imediatamente ao indivíduo, só o afetando como integrante da coletividade. Em hipóteses tais, a proteção visa ao interesse geral, beneficiando o indivíduo apenas “na sua qualidade de membro do Estado”. A competência da autoridade administrativa, de outra face, alinha-se também como critério distintivo: o direito subjetivo surge, para o administrado, em face de competência vinculada, enquanto o interesse legítimo desponta com a competência discricionária. O interesse legítimo, sob o ponto de vista da tutela, pode revestir dois aspectos: interesses ocasionalmente protegidos e direitos imperfeitos ou enfraquecidos (*affievoliti*).

De qualquer forma, os tribunais civis italianos não só estão impedidos de exercer algum poder cautelar de suspensão do ato administrativo, impugnado por lesão de direitos subjetivos, como nem mesmo podem anular o ato administrativo, mesmo se declarado lesivo a um direito fundamental, devendo limitar-se à condenação ao ressarcimento dos danos.

2.5 Caracteres do sistema do *Common Law*

Chega-se agora à abordagem do modelo adotado na Inglaterra, onde não se tem notícia dos sentimentos agudos de irresignação popular contra o Poder Judiciário. Pode-se mesmo dizer que, em certa medida, o poder judiciário deu conta de cumprir seu múnus na proteção das liberdades individuais, sendo respeitado pelos cidadãos ingleses. Logo, diferentemente da França, a revisão judicial da ação administrativa nenhum obstáculo sério sofreu na Grã-Bretanha. Aliás, na Inglaterra, não prosperou a doutrina francesa da separação dos poderes, mesmo distando em quase um século a chamada Revolução Inglesa de 1688, com a qual restara absoluta a supremacia do Parlamento. É de tal matiz a supremacia do legislativo que chancelou a cunhagem do conhecido provérbio inglês, “tudo pode fazer, exceto transformar um homem em mulher ou uma mulher em homem.”

Teorizador da chamada Revolução Gloriosa, John Locke defendia a supremacia do Legislativo, concebendo-o como *the Soul that gives Form, Life, and Unity to the Commonwealth*, fortalecendo o princípio fundamental (*Grundnorm*)

da supremacia parlamentar. Decorrente desse princípio, verifica-se que, na prática do direito público inglês, tem-se evidenciado o ciclo evolutivo desse controle jurisdicional sobre a administração pública, pois daí pode ele se dizer originário. É possível perceber, na história da Inglaterra, que à medida que se afirma a independência e autonomia do Judiciário, o controle jurisdicional dos atos da administração pública vai se tornando mais efetivo, constituindo-se, bem por isto, em princípio do *common law*, perante os tribunais comuns, a possibilidade de se responsabilizar a administração por seus atos, embora restringida a competência originária de tais órgãos judicantes por lei escrita.²

Oportuna a citação que ora se destaca e que caracteriza o significado da lei ordinária e tradicional no Reino da Inglaterra:

[...] aqui, todo homem seja qual for sua classe ou condição sujeita-se à lei ordinária do reino e à jurisdição dos tribunais ordinários”. Daí a razão por que “o império da lei, neste sentido, exclui a ideia de qualquer exceção para os funcionários e outras pessoas, no concernente ao respeito de obediência à lei que rege os outros cidadãos, ou relativamente à jurisdição dos tribunais ordinários; não pode haver entre nós nada correspondente ao direito administrativo ou aos Tribunais administrativos de França. A noção que jaz no fundo do “direito administrativo”, conhecido nos países estrangeiros, é que as questões ou controvérsias referentes ao governo e a seus agentes escapam à esfera dos tribunais civis e devem ser tratadas por corporações especiais, mais ou menos oficiais. Esta idéia é totalmente alheia ao direito inglês e é, em realidade, fundamentalmente oposta a nossa tradição e costumes.³

2 Seabra Fagundes (in *O Controle dos Atos Administrativos*, cit., nota 60, p. 97-99, e nota 61. p. 100-104, e respectivas notas de rodapé) anota “[...] que o sistema inglês foi também adotado pela Constituição Federal dos Estados Unidos da América do Norte, seção 2^a, do art. III, e pela Constituição Belga de 1831, arts. 92, 93 e 106. Houve, entretanto, forte influência das doutrinas francesas sobre a própria Justiça belga as quais têm contribuído para a restrição da sua competência. Já em relação à Constituição americana, verifica-se jamais ter adotado a mesma espécie de separação feita e corrente em França: *Separation of powers in America is better described as checks and balances; under this principle, as extremely important role of review of both administrative and legislative action was to be reserved to the courts.*”

3 Dicey, constitucionalista britânico, apud Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. *Revista de Informação legislativa*. nº 119, jul./set. Brasília, 1993 p. 225.

2.6 O sistema de jurisdição no Brasil

Tendo por premissa as limitações deste estudo e reconhecendo a brevidade da comparação até aqui operada entre os sistemas, passa-se a relevar as características do modelo brasileiro de jurisdição, sendo indubitosa a adoção dos postulados do sistema inglês, assim como também aconteceu em outros países hispano-americanos

No período colonial e também no imperial, o sistema jurídico brasileiro afeiçoou-se ao sistema dúplice, com emprego freqüente do contencioso administrativo. Com a Constituição Republicana de 1891, foi introduzido o sistema uno, embora isso só viesse a ocorrer, de forma explícita, com a Constituição de 1946, art. 141, § 4º.

Sob enfoque histórico, é interessante ressaltar que a primeira tentativa clara e inequívoca no sentido de garantir o cidadão contra o Estado, surgiu com a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, ao instituir ação especial destinada a invalidar atos ou decisões da administração federal, lesivos aos direitos individuais. A tentativa, porém, estava fadada ao insucesso, já que os interessados, por meio de construção jurisprudencial, buscavam obviar os inconvenientes da demora do processo, empregando meios mais expeditos, a exemplo dos *interditos*, em que se invocava a proteção da chamada “posse dos direitos”, ou do *habeas corpus*, consideravelmente ampliado em seu objeto, de modo a abranger não só a liberdade de ir e vir como a liberdade de consciência, pensamento e reunião.⁴

Ao se analisar a Constituição Federal vigente, ressumbra evidente a ampliação operada no controle jurisdicional da administração, impensável, com certeza, em termos de continente europeu. Aos juízes federais compete processar e julgar “as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho” (art. 109, I), ou “as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional” (art. 109, III). Igual competência é ressalvada relativamente “aos crimes políticos e às infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses

4 Nesse sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Revista de Informação Legislativa*. nº 119, Jul./Set. Brasília, 1993. p. 226.

da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvadas as competências da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral” (art. 109, IV) e “aos crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira” (art. 109, VI).

Do mesmo modo, é competente o juiz federal para processar e julgar “os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos Tribunais federais” (art. 109, VIII). Já o art. 108, II, confere aos tribunais regionais federais competência para julgar, em segundo grau de jurisdição, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.

Ao Supremo Tribunal Federal compete julgar, nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, os membros dos Tribunais Superiores e os do Tribunal de Contas da União (art. 102, I, *c*). À mesma Corte incumbe o julgamento de litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território (art. 102, I, *e*), ou as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta (art. 102, I, *f*).

O Supremo Tribunal Federal julgará, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição” (art. 102, III, *c*).

Poderes paralelos foram atribuídos ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, 1, *a, b, d, g, c, II, b*), o que seria impensável e inadmissível caso se estivesse sob o sistema dúplice.

Importante realçar que o ordenamento constitucional brasileiro optou, firme e forte, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, pela forma republicana de Estado, destacando-se como emblema comprobatório dessa opção republicana o princípio textualmente inserido na Carta que indica a natureza e o poder da jurisdição exclusiva do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV).

É em decorrência desse arranjo de premissas que ao cidadão brasileiro foram conferidos direitos de *writs* constitucionais próprios do sistema do *common law*, como o mandado de segurança, o *habeas corpus* e, agora, o *habeas data*, além do mandado de injunção, artefato exclusivo do direito constitucional pátrio, não encontrado em nenhum outro ordenamento constitucional.

Por outro lado, o sistema jurídico brasileiro confere à ação popular muito maior amplitude do que na Europa continental, como se extrai dos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Contando com essa moldura, o sistema jurisdicional nacional consagrou, nitidamente, a unicidade da jurisdição e, inclusive, vem aceitando a expansão dos controles por parte do Poder Judiciário, assimilando o controle do mérito do ato administrativo. O próprio sistema parece implicar essa extensão, pois a Constituição coloca entre os limites de atuação da administração pública direta, indireta ou fundacional, de quaisquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a obediência aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade (art. 37, *caput*).

Não bastasse isso, mesmo no processo administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), não prescindindo de motivação as decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, X).

Com tais aportes, resta evidente o acerto da abalizada doutrina administrativa, no sentido de que “o Judiciário pode, assim, anular atos administrativos discricionários, fundados em inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade do motivo, impossibilidade de objetivo, desconformidade de objetivo e ineficiência de objeto, apenas controlando os limites objetivos do exercício discricionário.”⁵

Assim, o ordenamento nacional confere ao juiz brasileiro, em relação aos seus colegas da Europa continental, expandidos poderes jurisdicionais, podendo-se assinalar que, até mesmo em face dos países do *common law*, a jurisdição brasileira ostenta maior amplitude. É muito importante ressaltar que, mesmo que em alguns sistemas a administração pública permaneça sujeita ao controle do juiz

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade (Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 62. A esse respeito acentua Nagib Slaibi Filho (in *Ação Popular Mandatária*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 58) que “[...] a discricionariedade não significa que a escolha seja desarrazoada, inconveniente, imprópria ou mesmo contrária à finalidade do ato.”

ordinário, existem limitações ao exercício desse controle, podendo-se mesmo afirmar haver uma tríplice limitação assim sintetizada: 1) circunscreve-se ao vício da violação da lei e ao vício de incompetência mas, em regra, não se estende ao excesso de poder; 2) não comporta o poder de anular ou suspender o ato administrativo e, assim, de proferir sentença constitutiva, mas apenas o poder de proferir sentença condenatória, para ressarcimento dos prejuízos ou para adimplemento específico; 3) não se admite em relação a matérias passíveis de serem julgadas por órgãos contenciosos administrativos, aos quais se atribuem, mediante procedimento contencioso, a solução das controvérsias entre indivíduos e a administração.

Encontra-se neste último ponto, com certeza, a grande diferença entre o modelo adotado pelos brasileiros e os demais. O exame do sistema jurídico nacional claramente evidencia⁶: a) a ausência de qualquer óbice ao exame do excesso de poder pelo Judiciário. Como comprovam, exemplificativamente, o mandado de segurança e o *habeas corpus*, cabíveis contra ilegalidade ou *abuso de poder* por parte da autoridade pública (CF, art. 5º, LXVIII e LXIX)⁷; b) embora raro o emprego da ação constitutiva positiva (v.g., constituição de servidão de passagem, de luz etc., sobre bem do patrimônio público, em favor de imóvel particular), não se verifica vedação de espécie alguma para a desconstituição dos atos.

Pontes de Miranda já assinalava que “ainda se não chegou à concepção do pleito civil, *lato sensu*, que é a do sistema jurídico brasileiro, em que se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas (Constituição, leis ordinárias, leis, regulamentos, avisos, portarias etc), mas estabelecida a justiça igual sob lei processual igual, salvo exceções

6 Hely Lopes Meirelles (*in Direito Administrativo Brasileiro*, 15. ed., atualizada pela Constituição de 1988, São Paulo: RT, 1991, p. 185, e nota 18) doutrina que: “Os atos administrativos nulos ficam sujeitos à invalidação não só pela própria Administração, como também pelo Poder Judiciário, desde que levados à sua apreciação pelos meios processuais cabíveis que possibilitem o ato anulatório.”

7 Como assinala Milton Flaks (*in Mandado de Segurança - Pressupostos da Impetração*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, n. 100. p. 85): “[...] no direito brasileiro admite-se, inclusive, o exame do ato administrativo sob a ótica do desvio da finalidade, a forma mais sutil do abuso de poder, *lato sensu* considerado.”

8 *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 46

9 *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. VIII. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 172 e 173.

insignificantes, como a relativa ao processo executivo pelo Estado, no tocante a dívidas fiscais.”⁸

O Professor Galeno Lacerda⁹ ilustra, com precisão, que “[...] há um setor da mais alta relevância que demonstra quanto nosso processo dito “civil” é mais vasto do que o dos países da Europa continental: o importantíssimo campo do direito público. **A instituição do contencioso administrativo, lá vigorante, elimina, em regra, a possibilidade de controle dos atos da administração pública pela Justiça comum. Estão presos, ainda, os países do chamado sistema romano-germânico, em termos quase absolutos, ao dogma da separação dos poderes de MONTESQUIEU, a tal ponto que o clássico RENE DAVID, depois de criticar a atuação do Conselho de Estado na França, chega a afirmar que “o direito administrativo, como o direito penal, é, em larga medida, afinal de contas, aplicado ou não aplicado segundo a discrição da administração, fora de todo o controle jurisdicional, mesmo interno à administração.”** (negrito para destacar a precisão com que o mestre expôs o ensinamento)

No mesmo sentido, manifesta-se o jurista Cândido Rangel Dinamarco¹⁰, para quem “[...] a ordem político-constitucional republicana brasileira teve a inspiração no modelo norte-americano e não nos da Europa-Continental, o que devia levar-nos a haurir preferencialmente o espírito do direito público dos países de origem e dos seus sistemas, para a construção, análise e utilização do instrumento processual. Dos países europeus componentes da ‘família romano-germânica’ do direito, recebemos o direito privado e o penal, sendo muito natural que a nossa ciência se construísse segundo os parâmetros e mesmo o espírito europeu-continental, nessas áreas específicas. O que não é natural é o comprometimento cultural tão profundo como o que o nosso guarda com todo o espírito do direito processual civil de países onde são diferentes as bases políticas do direito público.”

Pela clareza impõe-se transcrever a lição do Professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira¹¹:

A verdade é que países que ignoram o controle jurisdicional da administração pública, que desconhecem institutos como o mandado de segurança e o *habeas corpus*, não estão em condições de orientar-nos em direito processual.

10 *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: RT, 1987. p. 62.

11 *Op.cit.* p. 229.

Sob este ponto de vista, tem sido nociva para os processualistas brasileiros a extraordinária influência dos mestres italianos. Não nos demos conta, até hoje, de que eles teorizaram um processo civil tão-só para o direito privado e, que, assim, sob a ótica estreita do princípio dispositivo, não podem entender um sistema que, como o nosso, bem mais próximo do anglo-americano, confere ao Poder Judiciário maior relevo constitucional, com conseqüente e necessária atuação do processo dito “civil” nos domínios do direito público, onde os princípios e os horizontes se dilatam, muito mais vastos e arejados.

Consideradas as características com as quais o constituinte moldou o sistema jurisdicional pátrio, não há como ficar inerte diante das últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, que se encontra em agudo processo de flexibilização do modelo de jurisdição, para se submeter às conclusões de processos administrativos em curso nas esferas da administração pública. Ora criando metáforas para não evidenciar a própria mutação que vem sendo operada, ora debruçando-se sobre acervos doutrinários próprios dos ramos do Direito, desconsiderando a unicidade do modelo jurisdicional pátrio.

3 Escorço histórico da legislação penal tributária a partir da Lei nº 4.729/65

É necessário não desprezar o momento político em meio ao qual veio a lume a Lei 8137/90, que remodelou e renomeou os crimes de sonegação fiscal então descritos na Lei 4.729/65. Remodelou, porque instituiu tipos novos e promoveu ampliação das penas. Renomeou a objetividade jurídica da norma repressora, porque admitiu ostentar um conjunto normativo penal para tutelar penalmente o bem jurídico ordem tributária.

Firmes na crença de que a ampliação de tipos penais e o aumento das penas acabariam com o impulso sonegador, seguiu-se abundante modificação no comportamento das instituições fazendárias e nos Ministérios Públicos do País, os quais passaram, uns mais, outros menos, a dar efetividade à lei, por meio dos milhares de processos penais que passaram a ser deflagrados.

É possível que se tenha acreditado demais na transformação da sociedade brasileira, considerando-a renovada eticamente, a ponto de criminalizar as camadas sociais superiores com a mesma contundência com que são criminalizados os

chamados crimes comuns, praticados por gente comum. Mas, de fato, o incremento na criminalização dos sonegadores, comumente pessoas detentoras de elevado *status* social e econômico, perturbou demais o sistema e, da perturbação, foram erupcionando, aqui e ali, os artefatos legislativos para obstaculizar a aplicação da lei penal em matéria de sonegação fiscal.

Pode-se mesmo reconhecer que, comparando-se com a legislação anterior (Lei nº 4.729/65), a própria Lei nº 8137/90 dificultou a caracterização das condutas delitivas, à medida que adotou descrição típica apta a ensejar à dogmática penal, mas antes dela à dogmática tributária, toda uma retórica que foi ditando tratar-se de crimes materiais ou de resultado. A doutrina foi dando interpretação no sentido da indispensabilidade do resultado supressão de tributo, ou redução do tributo, como circunstância definidora da consumação do crime.

A Lei nº 4.729/65, ao contrário, ostentava tipos penais em que a consumação do crime ocorria com a própria prática defraudatória, independentemente do recolhimento ou não do tributo devido. Reside nesse fato, talvez, o sustentáculo com o qual os tributaristas foram erigindo influente discursiva no sentido da necessidade da conclusão do processo administrativo tributário, como condição de procedibilidade das ações penais, assim como toda a retórica que foi sendo trabalhada para garantir a suspensão da pretensão punitiva por meio dos chamados planos de refinanciamento fiscal.

Mas, seguindo o traçado histórico pretendido neste tópico, seguiu-se a Lei nº 9.249/95, que, em seu artigo 34, previu o pagamento como forma de extinção da punibilidade, o que significou, evidentemente, enorme vantagem aos sonegadores. Comparando-se com o artigo 16 do Código Penal, aplicável aos demais crimes, que contempla apenas a redução de pena pela reparação do dano, os sonegadores foram agraciados com a extinção da punibilidade mediante o pagamento do tributo devido.

Mas não ficou por aí. A jurisprudência tratou de alargar o benefício, de modo que vários julgados extinguiram a punibilidade pelo pagamento parcial (parcelamento) do débito, e outros, ainda mais benevolentes, extinguiram a punibilidade pelo simples pedido de parcelamento.

Posteriormente, o artigo 83 da Lei 9.430/96 trouxe uma aparente condição de procedibilidade para a ação penal, nos crimes contra a ordem tributária, o que suscitou enorme perturbação até que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIN nº 1571, decidiu que o Ministério Público não estava submetido à representação fiscal para dar início à Ação Penal.

Dando um salto temporal, em 2003, a Lei nº 10.684, em seu art. 9º, disciplinou a suspensão da pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento, bem como alargou, ainda mais, o benefício trazido pelo artigo 34 da Lei nº 9249/95, ao admitir a extinção da punibilidade quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, sem fixar qualquer fase para que o agente realize o pagamento e usufrua do privilégio penal.

Se já se convivia com legalizado abrandamento do controle penal tributário, por meio da legislação habilmente mutacionada, seja por discursos privilegiadores da arrecadação, seja pela força não inquestionável de poderosos sonegadores, passou-se à quase impossibilidade de agir penalmente a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal a seguir enfocada.

4 Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC nº 81611-8

Em tempo de prevalência da estética corporal em certa medida adotou-se inédita ginástica hermenêutica em prol dos sonegadores e em detrimento da coletividade, vítima da sonegação fiscal. Embora no julgamento do já referido HC nº 81611-8 tenha-se decidido pela suspensão da fluência do prazo da prescrição penal, durante o trâmite do Procedimento Administrativo Recursal, faz-se necessário refletir acerca da utilidade e da viabilidade da apuração dos fatos delituosos anos depois da decisão na esfera administrativa¹². Com efeito, a premissa do controle formal de condutas pela via dos princípios da prevenção geral e especial da pena – discurso germinal do Direito Penal – foi completamente toldada em sede de criminalidade tributária.

Para enfrentar o assunto cumpre repassar algumas lições de Direito Tributário, distinguindo-se o que seja obrigação tributária e crédito tributário.

Nos termos do artigo 113, § 1º, do Código Tributário Nacional a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador e tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com

¹² Por fontes informais sabe-se que em Santa Catarina os Processos Administrativos Fiscais Recursais tramitam, em médio, por cerca de seis anos.

o crédito dela decorrente.

Em complemento, o artigo 139, do mesmo diploma legal, preceitua que o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

Com clareza define Rubens Souza Gomes:

Criação da obrigação tributária em sentido formal: esta é a consequência do lançamento: a obrigação em seu sentido substancial, isto é, em sua essência, já surgiu com a simples ocorrência do fato gerador: desde esse momento já é devido o tributo.¹³

O artigo 140 do Código Tributário Nacional também deixa clara a diferença entre a obrigação tributária e o crédito tributário, ao ditar que as circunstâncias que modificam o crédito tributário, sua extensão ou seus efeitos, ou as garantias ou os privilégios a ele atribuídos, ou que excluem sua exigibilidade, não afetam a obrigação tributária que lhe deu origem.

Os crimes contra a ordem tributária têm como elementar o tributo, que é o objeto da obrigação tributária nos termos do já citado artigo 113, § 1º, do CTN.

O crédito tributário, por sua vez, decorre da obrigação tributária e se concretiza com o lançamento.

Constata-se, pois, que a existência do crédito, que sob o aspecto temporal, surge após a obrigação tributária, não é elementar dos crimes previsto na Lei nº 8137/90. Pressuposto dos crimes contra a ordem tributária, na verdade, é a existência da obrigação tributária. E é exatamente este ponto que vem sendo ignorado pela dogmática penal tributária e pela jurisprudência correspondente.

Nesse sentido Andreas Eisele:

O núcleo dos tipos (penais em branco) que descrevem os crimes contra a ordem tributária de conteúdo material (que apenas se consumam com a ocorrência do resultado consistente na evasão tributária), é estruturado mediante a indicação de condutas que implementem a irregular inadimplência da prestação de uma obrigação tributária (de forma fraudulenta ou não), independentemente da

13 *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1982. p. 87.

eventual constituição posterior do crédito correspondente a essa relação jurídica (eis que o crime se consuma com a ocorrência do dano e a atividade da vítima imediata na busca de sua reparação é uma hipótese que pressupõe a existência dessa consequência do fato).

Dessa forma, a existência da obrigação tributária é um pressuposto para a tipicidade da conduta (pois a elementar tributo é o objeto de sua prestação), mas a existência do crédito tributário com aquela relacionado é irrelevante no âmbito da tipicidade penal do fato.¹⁴

Tal linha de pensamento vem corroborada pela natureza declaratória do lançamento, conforme ensinamento de Aliomar Baleeiro:

O CTN pode induzir em equívoco quem lê na testa do Capítulo II, do Título III, a rubrica “Constituição do Crédito Tributário” e no art. 142: “Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário [...]”

Constituir o crédito tributário e não a obrigação tributária.

Daí não decorre que o legislador brasileiro haja reconhecido caráter constitutivo e não declaratório, ao lançamento. O disposto nos arts. 143 e 144 do CTN evidencia que ele próprio atribui ao lançamento efeitos de ato declaratório. E os trabalhos da Comissão do Projeto Aranha – R e G. Sousa são claros a esse respeito, não obstante as perplexidades atribuídas por Falcão a seu ilustre autor [...].

Já o ato declaratório não cria, não extingue, nem altera um direito. Ele apenas determina, faz certo, apura, ou reconhece um direito preexistente, espancando dúvidas e incertezas [...].¹⁵

Partindo dessa premissa, qual seja, de que o pressuposto dos crimes previstos na Lei nº 8137/90 é a obrigação tributária e não o lançamento, necessário analisar quais as consequências da existência e da revisão do lançamento, seja esse último de ofício ou por iniciativa do contribuinte (art. 145 do CTN), para o Processo Penal, tendo por norte a já referida decisão do Supremo Tribunal Federal.

14 *Crimes contra a Ordem Tributária*. 2. ed. São Paulo: Dialética. 2002, p. 234.

15 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Forense, 1996. p. 503.

Assim conclui o Ministro Sepúlveda Pertence, relator do HC nº 81611-8:

64. O ponto é indagar dos reflexos penais dessa eficácia preclusiva da decisão definitiva do procedimento administrativo do lançamento, em favor do contribuinte ou contra ele.

65. Se é contra ele – de modo a reafirmar a evasão fiscal –, para não acender a grita da corrente majoritária dos “declarativistas”, que, por isso, de regra, atribuem retroatividade ao lançamento –, convém não ir até o ponto de enxergar nessa hipótese, na decisão administrativa, um elemento essencial do tipo, que só com o advento dela se consumaria.

66. O que verdadeiramente ilide o juízo positivo de tipicidade – quando se cogita de crime de dano –, é a eficácia preclusiva da decisão administrativa favorável ao contribuinte: irreversível essa, corolário iniludível da harmonia do ordenamento jurídico impede que a alguém – de quem definitivamente se declarou, na esfera competente para a constituição do crédito tributário, não haver suprimido ou reduzido devido – se possa imputar ou condenar por crime que tem, na supressão ou redução do mesmo tributo, elemento essencial do tipo.

67. Se a recíproca é verdadeira, em termos de tipicidade, não cabe, entretanto, levá-la às últimas conseqüências.

68. É dizer: admitir – em homenagem à alegada retroatividade do lançamento – que a decisão final adversa ao contribuinte não é elemento do tipo – que só com ela se consumaria, não vale, em contrapartida, por afirmar que, antes dela, se possa instaurar o processo por crime de dano contra a ordem tributária [...].

Pela leitura do item de número 64 constata-se que o ministro do Supremo Tribunal Federal iniciou a análise da matéria partindo do pressuposto de que já existe decisão na esfera administrativa favorável ao contribuinte.

Em seguida, no item 65, conclui que se a decisão na esfera administrativa é desfavorável ao contribuinte “[...] convém não ir até o ponto de enxergar nessa hipótese, na decisão administrativa, um elemento essencial do tipo, que só com

o advento dela se consumaria.”

Prosseguindo, no item 66, diz que o que verdadeiramente ilide o juízo positivo de tipicidade é a eficácia preclusiva da decisão favorável ao contribuinte na esfera administrativa.

Reside exatamente aqui a assunção, por parte do Poder Judiciário, de sua submissão, e de forma incondicional, à decisão oriunda da esfera administrativa.

Para situar melhor este estudo impõe-se incursionar, mesmo que brevemente, sobre os reflexos das decisões administrativas, especialmente sobre a chamada coisa julgada administrativa:

A denominada coisa julgada administrativa, que, na verdade, é apenas uma preclusão de efeitos internos, não tem o alcance da coisa julgada judicial, porque o ato jurisdicional da Administração não deixa de ser um simples ato administrativo decisório, sem a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário. Falta ao ato jurisdicional administrativo aquilo que os publicistas norte-americanos chamam the final enforcing power e que se traduz livremente como o poder conclusivo da Justiça Comum.

[...] Realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a irretratabilidade do ato perante a própria administração. É sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes. Por isso, não atinge nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece imodificável entre a Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público.

[...] Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso deixa de ser atacável por via judicial.¹⁶

Sem abordar neste momento o Princípio da Independência das Instâncias, o que se fará mais tarde, convém reforçar as últimas linhas da citação acima, que bem esclarece a questão: “[...] Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão, mas nem por isso

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 652.

deixa de ser atacável por via judicial.”

A eficácia preclusiva da decisão favorável ao contribuinte reflete administrativamente, impedindo a retratação do fisco (administração). Todavia não tem o condão de impedir que o ato seja revisto judicialmente e, muito menos, de impedir a formação do juízo positivo de tipicidade, nos casos, por exemplo, que a decisão administrativa decidiu pela existência de vício formal.

Assim, refoge à sensatez e à técnica, concordar com a conclusão exposta no item 68.

Basta imaginar, por exemplo, que o Ministério Público, por conta do artigo 16 da Lei 8137/90, receba notícia crime revelando a ocorrência de redução de tributo pelo instituto da Nota Fiscal Calçada, acompanhada, inclusive, das vias das notas fiscais emitidas com valores diferentes, em completo empreendimento defraudatório. Nesse caso, mesmo estando diante de farta materialidade e de justa causa para demandar a jurisdição penal, deverá ao invés de exercer a função constitucionalmente determinada diante da robustez das provas de ato criminoso, requerer ao Fisco a efetivação do lançamento de ofício? E se a autoridade fiscal, embora sua atividade seja vinculada, não efetuar o lançamento (prevaricação/corrupção etc)?

Continuando no voto proferido no HC nº 81.611-8, o relator redireciona a análise do tema dando enfoque, agora, às questões objetivas de punibilidade:

76. Cuida-se, sim, de hipótese extraordinária – posto que não única –, em que, quando não a tipicidade, a punibilidade da conduta do agente – malgrado típica – está subordinada à decisão de autoridade diversa do juiz da ação penal.

77. Por isso – se não se quer, para fugir de polêmica desnecessária, inserir a decisão definitiva do processo administrativo de lançamento entre os elementos do tipo do crime contra a ordem tributária – a questão apenas se desloca da esfera da tipicidade para a das condições objetivas de punibilidade [...].

79. Não obstante, penso – afastados os casos em que seria possível a sua inserção no tipo, para, conseqüentemente, reclamar-se a sua compreensão nas raias da culpa do agente –, que há sim, espaço para a admissão de verdadeiras condições objetivas de punibilidade, inconfundíveis com

os elementos do tipo [...].

83. Mas – porque, na hipótese aventada, o tipo é de mera conduta – prefiro recordar outro caso de condição objetiva de punibilidade, geralmente indicado pela doutrina e melhor assimilável à espécie: o da sentença de falência, em relação aos crimes falimentares, inclusive os de dano.

84. A equação é semelhante à da espécie: nesta – sempre no suposto de sua retroatividade –, à data do fato gerador da obrigação tributária ou, pelo menos, àquela do lançamento originário, o crime material contra a ordem tributária, desde então, estaria consumado.

85. Não obstante, a sua punibilidade – pelas razões sistêmicas antes apontadas – estará subordinada à superveniência da decisão definitiva do processo administrativo de revisão do lançamento, instaurado de ofício ou em virtude da impugnação do contribuinte ou responsável: só então o fato – embora, na hipótese considerada, já aperfeiçoada sua tipicidade – se tornará punível.

86. Até então, por conseguinte, a denúncia será de rejeitar-se, nos termos do artigo 43, III, C. Pr. Pen., por “faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”.

87. É certo que, em consequência, se estará a erigir uma decisão administrativa em condicionante da instauração de um processo judicial.

Chega-se então ao ponto central da análise do julgado para enfrentar-se a semântica adotada pela dogmática penal para as chamadas condições de procedibilidade e questões objetivas de punibilidade, já que no tópico 86 da decisão estudada, falou-se em rejeição da denúncia com fulcro no artigo 43, III, do Código de Processo Penal.

Antes, porém, cabe ressaltar que na transcrição do excerto acima, mais especificamente no item 84, constata-se o acolhimento da idéia que persegue esta pesquisa, acerca das elementares dos crimes contra a ordem tributária. Com

17 A esquizofrenia enquanto moléstia psíquica é entendida como uma síndrome de duplo desejo. O verbete no Dicionário Aurélio de Sinônimos está assim vazado: afecção mental caracterizada pelo relaxamento das formas usuais de associação de idéias, baixa de afetividade, autismo e perda de contato vital com a realidade; demência precoce. O signo esquizofrenia foi aqui adotado no sentido de aludir ao duplo norte interpretativo adotado simultaneamente no julgado.

economia de frases, mas como que evidenciando uma esquizofrenia hermenêutica¹⁷, a decisão estampa:

[...] 84. A equação é semelhante à da espécie: nesta – sempre no suposto de sua retroatividade –, à data do fato gerador da obrigação tributária ou, pelo menos, àquela do lançamento originário, o crime material contra a ordem tributária, desde então, estaria consumado [...].

A doutrina, de modo geral, cuida das condições de procedibilidade como sendo condições específicas da ação penal – porque somente exigíveis para determinadas ações – enquanto as demais, comuns a qualquer ação (interesse de agir, legitimidade para a causa e possibilidade jurídica do pedido) seriam condições genéricas da ação penal.

As condições objetivas de punibilidade, por outro lado, constituem determinadas circunstâncias às quais está subordinada a punibilidade.

No dizer de Damásio de Jesus¹⁸, as referidas circunstâncias situam-se entre o preceito primário e o preceito secundário da norma penal incriminadora, condicionando a existência da pretensão punitiva do Estado. Arremata, apontando duas características peculiares às chamadas condições objetivas de punibilidade: situam-se fora do crime e estão fora do dolo do agente.

Os crimes contra a ordem tributária são apurados mediante ação penal pública incondicionada, conforme já restou demonstrado no Julgamento de ADIN nº 1571 que, posto julgada improcedente, cujo acórdão foi publicado em 30/4/2004, elucidou a questão, bem como pelo teor do artigo 15 da Lei nº 8.137/90 e, ainda, pela Súmula 600 do STF.

Então se a ação é pública incondicionada não é correto afirmar que o término do Procedimento Administrativo Fiscal Recursal é condição de procedibilidade. E assim sendo, não há como rejeitar-se a denúncia “[...] nos termos do artigo 43, III, C. Pr. Pen. por faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal”, conforme conclui-se no item 86 no voto proferido no HC 81.611-8.

Por outro lado, como dizer que o Procedimento Administrativo Fiscal

18 A esquizofrenia enquanto moléstia psíquica é entendida como uma síndrome de duplo desejo. O verbete no Dicionário Aurélio de Sinônimos está assim vazado: Afecção mental caracterizada pelo relaxamento das formas usuais de associação de idéias, baixa de afetividade, autismo e perda de contato vital com a realidade; demência precoce. O signo esquizofrenia foi aqui adotado no sentido de aludir ao duplo norte interpretativo adotado simultaneamente no julgado

Recursal é condição objetiva de punibilidade se não existe dispositivo legal que assim preceitue?

Comparar os crimes contra a ordem tributária com os falimentares e, mais, igualar a sentença de falência à decisão definitiva no Processo Administrativo, considerando-as, ambas, condições objetivas de punibilidade, significa desprezar os Princípios da Reserva Legal e da Legalidade¹⁹.

Nos casos dos crimes falimentares existe o artigo 507 do Código de Processo Penal e o artigo 180 da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que ampam tal conclusão.²⁰

Ao contrário, em se tratando de crimes contra a ordem tributária inexistente legislação nesse sentido.

Retornando à decisão estudada, prossegue o Relator:

87. É certo que, em conseqüência, se estará a erigir uma decisão administrativa em condicionante da instauração de um processo judicial.

88. Autores de vulto chegam, por isso, a identificar, na espécie, uma questão prejudicial obrigatória.

89. Sem tomar de logo compromisso com a equiparação da decisão administrativa discutida às questões prejudiciais stricto sensu (C. Pr. Pen., arts. 92-94), a semelhança é patente: a diferença é que, nessas últimas, a decisão subordinante está também confiada ao Poder Judiciário, ao passo que aqui se cuidaria de subordinar a abertura do processo a uma decisão do Poder Executivo.

90. A circunstância não me parece decisiva: tenho a pretensão de haver demonstrado no voto-vista proferido na

19 Alexandre de Moraes (*in Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 201) ensina que a doutrina não raro confunde, ou não distingue suficientemente o princípio da legalidade e o da reserva legal. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou atuação dentro da esfera estabelecida pela legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Encontramos o princípio da reserva legal quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei. Por outro lado, encontramos o princípio da legalidade quando a Constituição outorga poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relação.

20 A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei.

Extr 793-QO – que, de tais situações, não resulta ofensa ao princípio fundamental da separação e independência dos poderes, mas, ao contrário, o respeito a ele.

91. Assim, no caso, trata-se, na verdade, é de não usurpar a competência privativa da Administração para o ato de constituição do crédito tributário (CNT, art. 142), sujeito ele mesmo, de resto, ao controle judicial de sua validade, quando se lhe anteponha pretensão de direito subjetivo violado do contribuinte.

Com todo o respeito, a semelhança referida (item 89) constitui, justamente, a emblemática diferença, a ponto de, do contrário, criar-se hipótese única de questão prejudicial. É que subordinar-se a decisão penal a outra oriunda do Poder Executivo – e não do Poder Judiciário – conforme dispõem os artigos 92 e 93 do Código de Processo Penal, impede o reconhecimento da decisão final do Procedimento Administrativo Fiscal Recursal como sendo questão prejudicial.

Seguindo o norte deste estudo, colhe-se em Fernando Capez os subsídios que nomina de elementos essenciais da prejudicialidade: a) Anterioridade lógica; b) Necessariedade; c) Autonomia; d) Competência na apreciação.

Dentre eles, para fins do trabalho merecem ser destacadas as alíneas “a” e “d”. A anterioridade lógica (a) traduz-se no fato de que a prejudicial deve consistir numa elementar do tipo penal. Com relação ao elemento competência para apreciação (d) diz que as prejudiciais, geralmente, são julgadas pelo próprio juízo penal, mas poderão ser julgadas excepcionalmente pelo juízo cível.

Já Vicente Greco Filho define:

[...] infração penal ou relação jurídica civil cuja existência ou inexistência condiciona a existência ou inexistência da infração que está sob julgamento do Juiz.²¹

Os postulados da doutrina penal e processual penal firmam as elementares para orientar o intérprete indicando quais são os requisitos necessários para que um fato seja considerado prejudicial e, desta forma, implique condição sobre a existência ou inexistência da infração que está sob julgamento do Juiz penal:

O primeiro requisito para que um fato ou circunstância constitua uma questão prejudicial é que ele deva também constituir elementar do tipo. Em

21 GRECO FILHO, Vicente. *Manual do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.

matéria de Crime contra a Ordem Tributária, tal requisito é possível de verificar-se quando as razões do contribuinte estejam relacionadas com a existência da obrigação tributária e não, por exemplo, acerca da incidência de juros e/ou do percentual da multa imposta.

O segundo requisito decorre do fato de que a referida elementar seja objeto de discussão em outro processo.

Assim, sendo o tributo objeto da obrigação tributária e essa, por sua vez, elementar do tipo, a discussão acerca da existência ou não da referida obrigação, sem sombra de dúvidas, constitui-se questão prejudicial heterogênea, desde que esteja sendo discutida na esfera judicial.

Ora, no caso enfrentado pelo acórdão estudado, a existência de discussão na esfera do Poder Executivo, por si mesma, evidencia não se tratar de questão prejudicial. Logo, a inteligência do acórdão não encontra amparo nos já citados artigos 92 e 93 do Código de Processo Penal, constituindo afronta à Constituição Federal que, entre outras garantias, assegura a inafastabilidade do controle jurisdicional, e, também, por condicionar o exercício do Poder Jurisdicional ao esgotamento prévio da esfera administrativa.²²

Embora o art. 5º, LV, da Constituição Federal tenha contemplado o processo administrativo, subordinando-o, inclusive, aos princípios do contraditório e da ampla defesa, manteve o monopólio da jurisdição.

Condicionar o início da Ação Penal ao esgotamento da esfera administrativa significa mais que limitar a função constitucional dada ao Ministério Público de titular da Ação penal, significa subtrair do Poder Judiciário a exclusividade de prestar a jurisdição, de dizer o direito.

Não se está admitindo mera limitação temporal ao exercício da jurisdição do Poder Judiciário, já que só após a decisão administrativa definitiva admite-se o acesso do Ministério Público ao Judiciário para exercício do *jus puniendi*. Está sendo admitida a limitação material, na atuação do Estado Juiz, na medida da grave e perversa assimilação de que a decisão do Judiciário está condicionada àquela proferida pelo Fisco.

Em perfeita reflexão, o próprio Ministro Sepúlveda Pertence, embora tenha chegado à conclusão diversa, admitiu que não é certo confiar à burocracia fazendária o arbítrio para decidir da persecução ou não dos crimes contra a

22 É o teor do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal: “A lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

ordem tributária.

Tem-se que admitir que um mesmo fato pode sim desencadear consequências tanto na esfera tributária como na esfera penal. No caso dos crimes contra a ordem tributária a uma esfera cumpre julgar a existência do crédito e ao Judiciário cumpre apreciar e julgar a ocorrência de crime para ulterior imposição da reprimenda penal.

O Princípio da Independência das Instâncias está erigido sobre a premissa de respeito ao término do Procedimento Administrativo a fim de não se retirar da autoridade fiscal a função privativa de constituir o crédito tributário, como bem analisou o próprio Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do HC nº 81.611-8.

Ora, em nenhum momento pretendeu-se usurpar a competência privativa da autoridade fiscal de fazer o lançamento, afinal não se pretende com eventual sentença condenatória constituir o crédito tributário. Vale lembrar que ao Direito Penal, na esfera dos crimes contra a ordem tributária, importa a ocorrência da evasão e não o *quantum* evadido. E este parece ser o ponto que deve ser decifrado para que não se devore ou se destrua as bases da jurisdição do Poder Judiciário.

Zelar pela independência das instâncias, nesse caso, não significa que o órgão do Ministério Público esteja se imiscuindo nas atividades exclusivas das autoridades fiscais. Na verdade, o que se afirma, é que se o órgão do *parquet*, mesmo sem definição administrativa do *quantum* devido, possuir elementos suficientes para a promoção da ação penal, diante da existência de indícios suficientes de materialidade e autoria de prática defraudatória exitosa em desfavor do erário público, pode dispensar o processo-administrativo-fiscal, da mesma forma que, em algumas vezes, o inquérito policial apresenta-se desnecessário para o oferecimento da denúncia.

Frisa-se: o máximo que pode decorrer de uma sentença condenatória é a certeza da existência da obrigação tributária, cujo objeto é o tributo. E aquela, a constituição da obrigação tributária que se perfectibiliza pela ocorrência do fato gerador, não é atributo da autoridade fiscal, que em matéria de ICMS, e também para outras espécies tributárias, no mais das vezes apenas promove a fiscalização após a efetiva ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária e que não tendo sido adimplida mediante o correto recolhimento dos valores devidos, respalda o exercício da ação fiscal do lançamento de ofício.

A estas reflexões acrescenta-se o cânone *in dubio pro societate* que deve

nortear o *parquet* quando da formação da *opinio delicti* e, ato contínuo, início da Ação Penal.

Para o oferecimento da denúncia o Ministério Público deve demonstrar indícios suficientes de autoria e materialidade e não prova cabal suficiente para condenação. Essa surgirá, ou não, após a instrução. É o que a legislação prevê de forma expressa no artigo 28, § 1º, da Lei nº 10.409/2002:

Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da autoria e materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade do produto, da substância ou da droga ilícita, firmado por perito oficial ou, na falta desse, por pessoa idônea, escolhida, preferencialmente, entre as que tenham habilitação técnica.

Subordinar o oferecimento da denúncia, nos crimes contra a ordem tributária, à existência da decisão final do processo administrativo, importa, sim, subordinar a denúncia à prévia certeza de todos os elementos de fato necessários à sua procedência. Situação que acarreta, indubitavelmente, conforme já se concluiu, imperdoável retrocesso relativamente à autonomia do direito de ação, pilar de todo o Direito Processual moderno.

A doutrina há muito tempo preleciona:

Caso o fato narrado aparentemente configure fato típico e ilícito, a denúncia deve ser recebida, pois, nessa fase, há mero juízo de prelibação. O juiz não deve efetuar um exame aprofundado de prova, deixando para enfrentar a questão por ocasião da sentença. A existência ou não de crime passará a constituir o próprio mérito de demanda, e a decisão fará, por conseguinte, coisa julgada material.²³

Em sintonia está a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

[...] a denúncia é destinada a iniciar o processo de formação da culpa, por meio da qual se verificaram a existência, a natureza e circunstâncias do delito e quais sejam os seus autores e cúmplices. Não exige a lei, para o seu recebimento, provas rigorosas, como as que são necessárias para a pronúncia ou para a condenação. (TJSC, HC 11.653).

Logo, o Ministério Público não deve permanecer vinculado à atividade

23 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p.

fiscalizatória. Obviamente, se quando do oferecimento da denúncia já existir o lançamento de ofício (Notificação Fiscal), ainda que pendente de recurso, mais evidenciados estarão os indícios de autoria e materialidade, substancializando a justa causa para a propositura da Ação Penal, por conta da presunção de legitimidade, da qual são dotados os atos administrativos, inclusive os fiscais, bem como pela natureza vinculada da atividade fiscal, adstrita, portanto, aos princípios constantes no artigo 37 da Constituição Federal.

Resta ainda, abordar um último tópico do voto proferido no HC 81.611-8.

(...) Acontece que o grande problema, posto com uma clareza e uma dramaticidade invejáveis no voto do Ministro Nelson Jobim, é que, mal ou bem, a lei deu ao contribuinte o direito potestativo de impedir a ação penal pelo pagamento do tributo antes do recebimento da denúncia e suspensão do processo para aguardar solução, embora no âmbito administrativo – isso não me causa espécie –, de questão prejudicial heterogênea e implica suspensão de processo incurso, conseqüentemente, prévio recebimento da denúncia. De tal modo que, se ao final desta prejudicial administrativa heterogênea se concluir que o contribuinte deve um décimo daquilo que, inicialmente, lhe fora lançado, está ele impedido de exercer o direito potestativo, que, mal ou bem, lhe deu a lei, de impedir, de extinguir a punibilidade antes do processo pelo pagamento. Parcelamento tem por suposta a condição. O pressuposto do parcelamento é a confissão do débito tributário [...].

Assimila-se o resguardo de um benefício como condição para a consumação de um crime de fraude, como que se expungindo do Direito Penal as disposições do artigo 16 do Código Penal.

Nesse sentido Fábio Bittencourt da Rosa:

O que se impõe enfatizar é que a tipicidade não poder ser afetada por uma causa de extinção da pena. Se a ação é típica a consequência será a punição. A dificuldade eventualmente existente para fazer subsumir a regra extintiva da punibilidade

de nada pode influenciar na incriminação. O crime é conduta típica e antijurídica. Se o Ministério Público recebe a notícia atestando sua existência, tem o dever de denunciar, porque o acesso ao judiciário é incondicionado.²⁴

5. Considerações finais

O caminho até aqui percorrido entre axiomas e interrogantes que delinearão a pesquisa, enseja as seguintes conclusões:

a) A Ação Penal não depende da existência de lançamento de ofício (Notificação Fiscal).

b) Não é necessário o término do Procedimento Administrativo Fiscal Recursal (revisão do Lançamento) para a propositura da Ação Penal.

c) A existência de Processo Judicial que discute a existência da obrigação tributária pode constituir questão prejudicial heterogênea (art. 93 do CPP).

O vocábulo “pode”, justifica-se pela existência das condicionantes preceituadas pelo artigo 93 do Código de Processo Penal: “[...] o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e a realização das outras provas de natureza grave.”

d) O Procedimento Administrativo Fiscal Recursal deve e pode servir de convencimento ao Ministério Público na formação da *opinio delicti*, bem como de suporte probatório para a prolação da sentença, em nome, principalmente, da busca da verdade real disciplinada pelo Processo Penal.

d) A decisão na esfera administrativa, concluindo pela inexistência do débito, nem sempre, influenciará no Processo Penal.

A solução do problema exige o exame de cada situação em concreto.

d.1) Se a conclusão de inexistência do crédito tributário, pela Fazenda, por exemplo, fundar-se em eventual compensação tributária, ou em vício de lançamento, também conhecido por vício formal do lançamento de ofício, ou em vício em qualquer fase da constituição do crédito, enfim em situações em que não se discute a existência da obrigação tributária, nenhuma consequência trará ao Processo Penal.

Nessas situações, acima exemplificadas, a conclusão do fisco no sentido da inexistência do crédito tributário não tem qualquer relação com a natureza delituosa do ato praticado pelo agente-contribuinte. E de qualquer maneira, as defraudações perpetradas pelo agente devedor dos tributos e pelas quais deixou ele de promover o devido recolhimento, perfectibilizaram a conduta defraudatória e ainda assim, no plano administrativo fiscal, fruirá do privilégio de só recolher ao depois da correção do ato de ofício, que cabe à administração refazer.

d.2) Se a conclusão de inexistência do crédito tributário, pela Fazenda, motivar-se em situação que desconstitua a obrigação tributária, quase que, na maioria das vezes, influenciará decisivamente do Processo Penal, devendo o juiz, inclusive conceder *Hábeas Corpus* de ofício, ao detectar a atipicidade da conduta.

d.3) Se o juiz convencer-se que a decisão administrativa foi equivocada, pelos mais variados motivos (erro, improbidade, deficiência probatória da esfera administrativa, etc), poderá dar ao Processo Penal decisão diversa, limitando-se, obviamente, ao caso concreto, sem que tal sentença, se condenatória, por exemplo, também obviamente, tenha força de constituir o crédito tributário.

d.4) Analisando o Procedimento Administrativo Recursal que concluiu pela inexistência do crédito tributário, poderá o magistrado convencer-se no mesmo sentido, nada impedindo que, respeitado o Princípio da Correlação²⁵, a solução no Processo Penal aponte para a desclassificação, condenando-se o réu pelos delitos de falsidade ideológica ou material, conforme o caso, ou ainda, qualquer outro que restar narrado na denúncia.

e) Nas práticas defraudatórias Contra a Ordem Tributária, referentes ao Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, o momento da consumação dos ilícitos não ocorre a partir do lançamento de ofício realizado pelo agente fiscal. A supressão ou redução do tributo devido acontece ao longo do tempo em que o agente não promove o devido recolhimento do que deveria fazer. A atividade fiscal apenas constata, em momento posterior, a quantidade de tributo suprimido ou reduzido.

25 Por Princípio da Correlação entende-se que deve haver uma correlação entre o fato descrito na denúncia ou queixa e o fato pelo qual o réu é condenado. Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 364.

f) A jurisprudência foi dando guarida aos posicionamentos doutrinários de que a consumação da conduta criminosa erupciona no momento do lançamento de ofício, o que vem provocando tanta cizânia entre os postulados do Direito Tributário e uma certa flacidez teórica no que tange aos princípios do Direito Penal.

g) O entendimento de que para a consumação do crime exige-se a confirmação do lançamento fiscal de ofício, como condição constituinte da prova da supressão ou da redução do recolhimento do tributo, ou como agora eleva-se à condição objetiva de punibilidade, instaura uma deformação jurídica na natureza do próprio tributo do ICMS, definido como de autolancamento, submetido à fiscalização posterior.

h) A decisão do Supremo Tribunal Federal instaura perigosa inovação no modelo jurisdicional brasileiro por submeter a jurisdição do Poder Judiciário à jurisdição administrativa do Poder Executivo, condicionando aquele a este.

6 Referências

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Forense, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. El Derecho Comparado y su enseñanza en relación con las necesidades de la sociedad moderna, in *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Trad. de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- DINAMARCO, Cândido R. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: RT, 1987.
- EISELE, Andreas. *Crimes contra a Ordem Tributária*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6. ed. (rev. e atual.) São Paulo: Saraiva, 1984.
- FLAKS, Milton. *Mandado de Segurança (Pressupostos da Impetração)*, Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manuel do Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- JESUS, Damasio de. *Direito Penal*. Volume 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. VIII, t. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figuetredo. *Legitimidade e Discricionariiedade (novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariiedade)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

A IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DE PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO EM CASOS DE FRAUDE

Marina Luz de Andrade d'Eça Neves
*Assessora Jurídica do MPSC junto ao Centro
de Apoio Operacional da Ordem Tributária*

A matéria a ser tratada neste artigo diz respeito à ilegalidade da concessão de parcelamentos tributários aos contribuintes que empregam dolo, fraude ou simulação para abster-se de pagar os devidos tributos, procurando manifestar que o art. 155-A do Código Tributário Nacional, com redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001, expõe indubitavelmente que a irrestrita concessão de parcelamentos por parte do Fisco é ilícita, afrontando o dispositivo legal antes mencionado.

O parcelamento de créditos tributários é um benefício concedido pela autoridade administrativa fazendária para os contribuintes restituírem ao Fisco os tributos devidos, levando em conta o montante do débito e o porte da empresa, entre outras circunstâncias, mas também é sem dúvida benéfico ao Erário, que arrecada valores visando atender aos gastos públicos, necessários diante das aspirações dos cidadãos, que segundo os princípios do Estado Democrático são iguais em oportunidades e direitos.

O parcelamento tem dois principais objetivos: incrementar a arrecadação estatal, para elevar o nível de vida coletivo, concretizando um padrão mínimo essencial de civilidade a todos os indivíduos e possibilitar a regularização dos contribuintes junto ao Fisco.

A moratória quando concedida suspende a exigibilidade do tributo, segundo o art. 151, I, do CTN¹, isso significa dizer que durante o período em que

o contribuinte estiver incluso e adimplente no parcelamento, o Estado deve, em contrapartida, abster-se de cobrá-lo.

O legislador atribuiu ao parcelamento a mesma particularidade de suspender a exigibilidade do tributo. Para Hugo de Brito Machado, a moratória é a prorrogação concedida pelo credor ao devedor, do prazo para pagamento da dívida, de uma única vez ou parceladamente², concluindo-se que, o parcelamento é uma espécie de moratória, quiçá a mais importante.

Se a moratória suspende a exigibilidade do pagamento do tributo e o parcelamento também, o legislador deu o mesmo tratamento aos dois institutos, isso é, as regras aplicam-se a ambos, o que se coaduna com as normas interpretativas e com o princípio da isonomia, se observados os institutos da moratória e do parcelamento separadamente.

Depois de muito se contestar, o parcelamento tributário ganhou forma de instituto autônomo, e como tal mereceu um artigo exclusivo, hoje o art. 155-A do CTN, com redação dada pela Lei Complementar nº 104/2001, que além de traçar os princípios básicos para sua concessão, determinou em seu §2º para resolução de quaisquer dúvidas que, ante a ausência de normas, aplica-se subsidiariamente as disposições relativas à moratória ao parcelamento.

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica

§ 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário não exclui a incidência de juros e multas.

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória. (grifo

1 Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

2 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 24. ed. São Paulo: Ed. Malheiros.

nosso)

Visto que se trata de norma recente, vigente a partir de 10.1.2001, o instituto do parcelamento durante muito tempo causou inúmeras controvérsias, tanto pela sua natureza jurídica, como pela sua concessão desenfreada, sendo hoje luzente sua concepção e seus efeitos.

A própria exposição de motivos da Lei Complementar em questão demonstrou a necessidade de tal distinção: “[...] a inclusão do art. 155 deve-se à necessidade de se estabelecer, com maior precisão e clareza, o instituto do parcelamento de débitos fiscais, distinguindo-o, de forma definitiva, da moratória”.³

Dessa forma, após a vigência da Lei Complementar em questão, o parcelamento só pode ser concedido nos devidos termos da previsão legal específica, sendo essas as regras básicas e gerais necessárias à orientação e observação obrigatória pelas unidades da Federação, não podendo contrariar as disposições descritas nos arts. 151 e 155-A do CTN, observando todas as regras da moratória referidas nos arts. 152 a 155 do CTN.

Resta claro, então, que a concessão de parcelamento em casos de emprego de dolo, fraude ou simulação é ilegal, pois não se está estendendo a interpretação da norma vigente, e sim dando a ela seu real desígnio, que é não conceder benefício fiscal a contribuintes que de forma consciente agiram com dolo, fraude ou simulação na tentativa de escapar do adimplemento da obrigação tributária.

O artigo 154 do CTN especifica quais créditos são abrangidos pela moratória, e em seu parágrafo único o legislador excluiu do campo concessionário da moratória os sujeitos passivos que tenham agido, antes dela, com **dolo, fraude e simulação**.

Veja-se:

Art. 154. Salvo disposição de lei em contrário, a moratória somente abrange os créditos definitivamente constituídos à data da lei ou do despacho que a conceder, ou cujo lançamento já tenha sido iniciado àquela data por ato regularmente notificado ao sujeito passivo.

Parágrafo único. **A moratória não aproveita aos casos de dolo, fraude ou simulação do sujeito passivo ou do**

3 Mensagem do Poder Executivo n. 1459 (LC n. 104/2001), DCD 14.10.99, P.48326 *Apud* LEMOS, Rubin. Parcelamento de Débito Tributário. Enfoque atualizado pela LC 104/2001. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

terceiro em benefício daquele. (grifo nosso)

Na área tributária, a fraude fiscal, que analisando o art. 72⁴ da Lei nº 4.502/64 chega-se à dedução que é sinônimo de evasão fiscal, é o meio empregado por contribuintes para sonegarem impostos, tratando-se de uma ação ou omissão dolosa que visa impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, através de simulação, dissimulação, conluio e outras práticas defraudadoras que objetivam enganar e causar prejuízo ao Erário, conseqüentemente à sociedade em geral.

Pedro Roberto Decomain⁵ defende brilhantemente que:

A evasão fiscal tem a conotação de fraude, sendo prática engendrada com o fito de, uma vez ocorrido o fato gerador, subtrair o seu conhecimento aos agentes fazendários, ou levar a eles um conhecimento quantitativa ou qualitativamente distorcido desse fato, de molde a eximir-se indevidamente o sujeito passivo da obrigação tributária (fato gerador ocorrido) do pagamento do tributo devido, mediante esse artifício fraudulento.

A fraude é uma ação ou omissão sempre dolosa do contribuinte, intentada contra a Fazenda Pública, após a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, ou no curso de sua ocorrência, através de simulação, conluio, dissimulação e figuras afins, induzindo a erro a autoridade fazendária, com a finalidade de servir de meio para atingir um objetivo perseguido pelo agente e participante: sonegar ou facilitar terceiros a fazê-lo.

Essas referências feitas pela legislação às práticas dolosas, fraudulentas e simuladas, que conseqüentemente suprem o recolhimento de tributos devidos, são contempladas como evasão e sonegação fiscal, previstas na Lei nº 8.137/90, que as define como crimes contra a ordem tributária.

Assim, inconcebível que um contribuinte que teve primitivamente o objetivo de suprimir ou reduzir tributo, sonegar impostos, posteriormente à consumação e comprovação dolosa de sua conduta, obtenha do mesmo órgão da administração que o inquiriu, o próprio parcelamento, tendo ainda a possi-

4 Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

5 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Crimes Contra a Ordem Tributária*. 3. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 25.

bilidade de sua ação penal ser trancada pela suspensão da pretensão punitiva do Estado, baseada no art. 151 do CTN.

Sendo mais que habitual, que esse mesmo contribuinte que teve o ânimo inicial de fraudar, volte, após concessão do parcelamento, a inadimplir com suas obrigações reasentadas, tendo tido sua introdução em programas de recuperação fiscal caráter meramente protelatório.

Pedro Roberto Decomain⁶ adverte:

Pode acontecer, contudo que o pedido de parcelamento apenas se constitua, em engodo, destinado a obter precisamente a declaração da extinção da punibilidade, sem que o réu tenha mesmo o firme propósito de pagar as parcelas em que foi dividido seu débito.

Deferido então o parcelamento, paga ele a primeira parcela e tão logo transitada em julgado a decisão que declarou extinta a punibilidade, susta o pagamento das parcelas das parcelas posteriores.

Também é inadmissível que programas instituídos pelos Estados com objetivo preponderantemente arrecadatários possam suplantam regras contempladas no Código Tributário Nacional, diploma que, aplicado em consonância com as regras contidas na Constituição Federal, especialmente as relacionadas ao Sistema Tributário Nacional (art. 145 e seguintes), forma a matriz do ordenamento tributário brasileiro.

As concessões de parcelamentos nos casos de fraude, dolo e simulação contrariam frontalmente a lei, ocasionando devastadores efeitos civis, penais e administrativos.

Ademais, com lastimáveis julgamentos dos Tribunais Superiores⁷, muitas vezes extinguindo a punibilidade pelo simples parcelamento, estes casos de concessões em ações comprovadamente dolosas, em que houve emprego de fraude, acabam se tornando um incentivo a tentativas - muitas vezes bem sucedidas - de ludibriar duplamente o Fisco, até se chegar ao objetivo final, suprimir ou reduzir tributos devidos, e ainda não ser devidamente responsabilizado por isso.

É sabido que o elemento essencial da fraude é o dolo, aliado à má-fé, significando que o contribuinte tem total consciência de que os atos praticados

6 Op. cit., p. 150.

7 RHC 16079/PR; 2004/0063319-9. HC 34844/SC; 2004/0051919-7. RHC 13047/SP; 2002/0075825-7

por ele ou pelos responsáveis da empresa estão em desacordo com as normas especificadas na legislação tributária.

Ora, se não se concede a moratória ao devedor que agiu com fraude dolosa, o parcelamento de débitos tributários na Fazenda Pública, igualmente não pode ser concedido a contribuintes que tenham sonegado imposto utilizando-se de artifícios arditos, empregados com o ânimo de enganar, ou obter vantagem ilícita para si ou outrem, causando dano extraordinário ao Erário, conforme se extrai indiscutivelmente do novo art 155-A do CTN.

Essa norma sobre o benefício da moratória é tão ética quanto moral, tanto que caso tenha sido concedida e, posteriormente verificado que o contribuinte não preenche ou deixou de preencher os requisitos para sua concessão, pode ser revogada de ofício⁸, anulada cobrando-se a penalidade, já que o prazo prescricional não é contabilizado.

Hugo de Brito Machado, com ênfase, comentando a moratória afirma que “*provado o vício é como se não houvesse sido concedido o favor*”.⁹

Contribuintes que fraudam o Fisco são na maioria das vezes, os que movimentam somas mais vultosas, suprimindo da mesma maneira valores exorbitantes, que se tornam proventos particulares em detrimento de toda uma população.

Esses contribuintes contam com a estrutura deficitária do Fisco, presumindo que este não conseguirá alcançá-lo, deixando de recolher os valores devidos e esperando que se uma casual atuação ocorra, poderá sem restrições parcelar a dívida e sair impune de um crime praticado contra a administração fazendária, beneficiando-se de sua própria torpeza.

É nefasto, socialmente injusto e acima de tudo ilegal, que um contribuinte

8 Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será **revogada de ofício**, sempre que se apure que o beneficiado **não satisfazia** ou deixou de satisfazer as condições ou não cumpriria ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

I - com **imposição da penalidade cabível, nos casos de dolo ou simulação do beneficiado**, ou de terceiro em benefício daquele;

II - sem imposição de penalidade, nos demais casos.

Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação **não se computa para efeito da prescrição** do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito. (grifo nosso)

9 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 12.ed. Malheiros. 1997. p. 127

que tentou ludibriar o Fisco, e que habitualmente consegue chegar a esse objetivo, obtenha do próprio ente estatal, a autorização para parcelar débito oriundo de recursos públicos que se apropriou.

Não se trata de contribuintes probos, e sim dos que utilizam artimanhas para retirar do Estado os valores, que já cobraram dos contribuintes de fato, apropriando-se ilicitamente deles.

A concessão desses parcelamentos incentiva a prática da sonegação fiscal e o descumprimento das normas tributárias, além de desestimular contribuintes de boa-fé que devidamente pagaram seus tributos na data pré-fixada, cumprindo fielmente suas obrigações tributárias, já que a concessão descomedida de parcelamentos, além de ilegal, fere o princípio da igualdade (art. 150, II, CF), que trata os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual.

Ademais, a norma em questão não é a única que proíbe benefícios aos contribuintes que agiram com dolo, fraude ou simulação. Esse tipo de contribuinte há muito tempo é observado pelo legislador, provando-se que são atitudes não muito esporádicas, tanto que o art. 150, § 4º¹⁰, não considera homologada e extinta a obrigação depois de expirado o prazo de cinco anos, também a isenção tratada no art. 179¹¹, a anistia do art. 180¹² e a obrigatoriedade de lançamento de ofício, art 149¹³, todos do Código Tributário Nacional.

O Estado não tem objetivo meramente arrecadador, como muitos cogitam. Através dos impostos, a primazia é a de nivelar a vida da sociedade, melhorando progressivamente as condições socioculturais de todos as pessoas, e não há como assentir que a concessão de parcelamento nesses casos de dolo, fraude

10 Art. 150. [...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

11 Art. 179. [...]

§ 2º O despacho referido neste artigo não gera direito adquirido, aplicando-se, quando cabível, o disposto no artigo 155.

12 Art. 180. A anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede, não se aplicando: I - aos atos qualificados em lei como crimes ou contravenções e aos que, mesmo sem essa qualificação, sejam praticados com dolo, fraude ou simulação pelo sujeito passivo ou por terceiro em benefício daquele;

13 Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos. [...]

VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;

ou simulação esteja cumprindo a função social do Estado Democrático, já que esse descumpre escancaradamente a ordem jurídica vigente.

O próprio CTN em seu art. 111 ordena:

Interpreta-se literalmente **a legislação tributária que disponha sobre:**

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário. (grifo nosso)

Rubin Lemos, Promotor de Justiça no Distrito Federal, grande estudioso do direito tributário, em sua obra que trata deste assunto corrobora:

[...] o benefício fiscal, que em termos de política tributária parece incentivar o pagamento do tributo, deixa na mesma situação contribuintes que agiram com dolo, fraude ou simulação para não pagarem o tributo e os que assim não agiram, transformando o parcelamento em incentivo a sonegação fiscal e ao descumprimento da legislação tributária.

A concessão de parcelamento busca dar ao contribuinte virtuoso, que se encontra em circunstância delicada, a chance de se manter em dia com suas obrigações para com o Fisco.

Rubin Lemos¹⁴ cita Antônio Bianchini Neto que assenta de forma perspicaz,

Portanto, ao invés de conceder parcelamento de forma indiscriminada melhor é fazê-lo apenas aos contribuintes realmente merecedores do favor legal, que possam prover e garantir a necessidade de sua obtenção, onde, sem acréscimos abusivos, podem recompor suas finanças, para evitar, muitas vezes, a própria sucumbência da empresa, que fatalmente levará consigo de roldão direitos de empregados, créditos representados por quirógrafos e inclusive os decorrentes de obrigações tributárias.

Assim, analisando sem esforço algumas normas dantes apresentadas, conclui-se que não há mais como admitir que o Estado, mesmo precisando e podendo cobrar e parcelar débitos tributários, o faça de maneira ilícita, ilegal e contrária às normas jurídico-tributárias, tão cristalinas quando se referem a esse

14 LEMOS, Rubin. *Parcelamento de Débito Tributário*. Enfoque atualizado pela LC 104/2001. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

IMPASSES E DESAFIOS DOS DIREITOS HUMANOS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

Francisco Bissoli Filho
Promotor de Justiça – SC
Mestre em Direito pela Universidade
Federal de Santa Catarina

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Direitos humanos fundamentais: conceitos, distinções, enfoques e teorias – 3 O Estado Democrático de Direito e os direitos humanos – 4 A internacionalização dos direitos humanos – 5 A democratização do Brasil e a expansão normativa dos direitos humanos – 6 Impasses no tratamento dos direitos humanos – 7 Desafios em relação aos direitos humanos – 8 Conclusões.

1 Introdução

Não é difícil falar sobre direitos humanos, mas, nos dias atuais, diante da banalização do fenômeno da violência, da falta de indignação em relação à exclusão social e da baixa qualidade de muitos comentários jornalísticos sobre o tema, tornou-se esse um tema árduo.

A temática será abordada em seis tópicos: primeiramente, buscar-se-á conceituar os direitos humanos, distingui-los das garantias fundamentais e expor sobre os seus enfoque ou dimensões bem como sobre as principais teorias que estão com eles relacionadas; no segundo tópico, far-se-á uma pequena abordagem sobre o papel do Estado, especialmente do Estado brasileiro, na garantia dos direitos humanos; no terceiro momento, comentar-se-á sobre o fenômeno da

internacionalização dos direitos humanos, do papel do Direito Internacional nesse processo e das suas relações com o Direito Interno; no quarto tópico, procurar-se-á discorrer sobre a democratização do Brasil e a expansão das normas sobre direitos humanos no Direito Constitucional brasileiro; no quinto tópico, far-se-á uma breve alusão àquilo que pode ser considerado como impasse no tratamento das questões relacionadas com os direitos humanos; e por fim, serão expostos os desafios que se apresentam não somente no campo do conhecimento científico relativo aos direitos humanos mas também sobre a sua operacionalização.

2 Direitos humanos fundamentais: conceito, distinções, enfoques e teorias

Muitas são as concepções acerca dos direitos humanos. Uns preferem reduzir os direitos humanos à esfera penal, relacionando-os com os direitos dos presos ou dos condenados. Outros, no entanto, procuram um conceito mais ampliado. Adotar-se-á, nessa exposição, a concepção mais ampliada, contribuindo-se, assim, para que sejam desfeitos os equívocos que mutilam a abrangência desses direitos, embora se reconheça que a demanda social, na área dos direitos humanos, esteja ligada mais à questão penal, em face do apelo midiático e da não atualização de alguns profissionais ligados à área jurídica.

Dito isso, poder-se-á afirmar que os direitos humanos fundamentais traduzem as concepções filosófico-jurídicas aceitas por uma determinada sociedade, em um certo momento histórico. Esses valores, que se constituem em fundamentos do Estado são, ao mesmo tempo, fins desta sociedade e direitos dos seus indivíduos.

Há distinção entre direitos humanos e garantias fundamentais? Ruy Barbosa, referido por José Afonso da Silva já fazia essa distinção. Dizia ele:

Uma coisa são os *direitos*, outra as *garantias*, pois devemos separar, “no texto da lei fundamental”, as disposições *meramente declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder.¹

As disposições meramente declaratórias instituem os *direitos*; as disposi-

1 *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 185.

ções assecuratórias instituem as *garantias*. Ocorre, não raramente, juntarem-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia e a declaração do direito.

Os direitos humanos podem ser vistos sob enfoque ou na dimensão objetiva ou institucional, que realça o sentido do *comum* em face do individual, ou sob o enfoque ou na dimensão subjetiva ou individual, que realça o sentido individual, conectada à realização da dignidade humana dos indivíduos.

O Direito Constitucional brasileiro, ao recepcionar o princípio da dignidade da pessoa humana, como sustentáculo do Estado brasileiro (CF, art. 1º, III), e ao propugnar pelo princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (CF, art. 4º, II), deu aos direitos humanos fundamentais uma dimensão subjetiva ou individual.

Isso significa dizer que o indivíduo não poderá ser sacrificado em face do coletivo, mas sim que, observado o princípio da proporcionalidade, devem ser atendidos os interesses individuais e, por meio da soma desses, os interesses gerais. Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana não prejudica os interesses coletivos ou sociais, mas, sim, indica que esses somente serão atendidos quando forem atendidos os interesses individuais, e que é pela soma do atendimento desses interesses que se satisfarão os interesses gerais.

Muitos são os autores que se dedicaram ao estudo dos direitos humanos. Serão utilizados conceitos apenas de três que, dentre outros, são considerados oportunos para a presente abordagem. São eles: Georg Jellinek, Robert Alexy e Alessandro Baratta.

Georg Jellinek estudou os direitos humanos e procurou conceituá-los, sobretudo, à luz da teoria dos *status*. Os direitos fundamentais, segundo a sua doutrina, asseguram aos indivíduos diversas posições jurídicas em relação ao Estado, posições estas denominadas *status*, que qualificam o sujeito.

Esse *status* poderá ser negativo, positivo, passivo ou ativo. O *status* negativo corresponde à esfera das liberdades, na qual os interesses essencialmente individuais encontram sua satisfação. É, pois, uma esfera de liberdade individual, cujas ações são livres, porque não estão ordenadas ou proibidas, vale dizer, tanto sua omissão como sua realização estão permitidas. Nesse *status*, o indivíduo é merecedor da não-intervenção estatal na sua esfera de liberdades. O *status* positivo, por outro lado, corresponde à posição que dota o indivíduo de capacidade jurídica para exigir do Estado prestações positivas, para recla-

mar para si o que o Estado está obrigado. Já o *status* passivo corresponde à esfera em que o indivíduo se encontra em posição de sujeição ao Estado; é a esfera de obrigações. Por fim, o *status* ativo corresponde à esfera em que o cidadão recebe competências para participar do Estado (direito de votar ou de participar da elaboração das políticas públicas e na fiscalização dos atos dos agentes públicos)².

Robert Alexy não difere muito de Jellinek, no entanto, procura apresentar um conceito estrutural dos direitos fundamentais. Segundo esse autor, os direitos humanos compreendem o direito a algo, ou seja, o direito a ações negativas e o direito a ações positivas; as liberdades; e as competências.

O direito a algo é representado por uma relação tríade. A tem diante de B uma pretensão P. Se o indivíduo A tem diante do Estado B o direito à vida, A tem o direito a que B não o mate e que B o proteja contra possíveis agressões dos outros, ou seja, A tem o direito a ações negativas e a ações positivas. O direito a ações negativas compreende os direitos da esfera das liberdades individuais (não-intervenção estatal) e o direito a que B não crie obstáculos ao exercício do direito. O direito a ações positivas compreende os direitos a uma prestação de natureza fática ou de natureza normativa por parte do Estado, no sentido da proteção de um direito ou da pretensão P.

Segundo Alexy, também as liberdades estão inseridas no campo da proteção dos direitos humanos. Nesse contexto, a liberdade estaria protegida pelo direito, ou seja, estaria garantida por uma norma que permite o exercício das faculdades inerentes a um comportamento, como a que garante a liberdade de resposta, em caso de ofensa (CF, art. 5º, V), ou liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII). É necessário um tipo de norma de direito fundamental que garanta a liberdade do indivíduo em relação a uma questão x ou y para que uma norma infraconstitucional não possa vir a proibir ou a prescrever como obrigatórios esses comportamentos.

Por fim, Robert Alexy inclui as competências no campo dos direitos fundamentais. A norma de direito fundamental que atribui uma competência não está permitindo, proibindo ou ordenando algo. Por isso, diz ele, tal norma é uma norma de estrutura e não de comportamento. Ela é de suma importância para a compreensão dos direitos fundamentais, porque as competências, quando garanti-

2 *apud* BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 135-8.

das pela Constituição, limitam a ação do legislador, que não as pode derogar. Sob outro enfoque, essas normas impõem-lhe responsabilidades, segundo a idéia de realização dos direitos fundamentais mediante a organização e os procedimentos, subsumida no *status activus processualis*³.

Alessandro Baratta, no artigo intitulado “*Direitos Humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*”⁴, faz uma relação entre os direitos humanos e a violência, especialmente com a violência estrutural e com a violência institucional.

O que são, para esse autor, “direitos humanos”? Segundo Alessandro Baratta, qualquer raciocínio que se faça sobre “direitos humanos” passa, necessariamente, por duas vertentes: a idéia de homem e a de direito. A idéia de homem é definida em relação à esfera das liberdades (entendida como autonomia) e com os recursos que, na história dos ordenamentos políticos, são reconhecidos como direitos dos indivíduos e dos grupos. Já a idéia de direito, isto é, do direito justo ou da justiça, é definida em relação às liberdades e aos recursos que devem ser reconhecidos às pessoas e aos grupos para que eles possam satisfazer as suas necessidades.

As idéias de homem e de direito, segundo Baratta, remetem-nos a duas situações: às injustiças do direito e às ilegalidades dos fatos. As injustiças do direito refletem a possível divergência entre o direito que é e o que deveria ser, ou seja, o direito justo ou as normas de justiça. As ilegalidades dos fatos, por sua vez, dizem respeito à possível divergência entre o direito que é (as normas vigentes) e os fatos. Compreendem-se, nesse tipo de ilegalidade, também, as ações e as decisões dos órgãos competentes para produzirem outras normas, isto é, as ações e as decisões dos legisladores, dos juizes, do ministério público e dos órgãos do executivo encarregados da administração pública, que, algumas vezes, contrastam com normas de grau superior do ordenamento jurídico, violando regras que tutelam direitos fundamentais.

O estudo da realidade e do direito, contudo, leva-nos a constatar que há uma tensão entre a esfera dos fatos e a esfera das normas. Isso ocorre porque há normas que prevêem sanções e conferem faculdade de recursos aos inte-

3 *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução do Alemão para o Espanhol por Ernesto Garzón Valdés. 3. ed. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2002. p. 186-245.

4 Tradução por Ana Lúcia Sabadell. Saarland: Universidade de Saarland, Alemanha, 1993.

ressados (pessoas, grupos ou estados) com o fim de convalidar as pretensões legítimas perante os órgãos de controle jurisdicional ou político, no caso de violações de direitos humanos. Isso ocorre, também, porque, para garantir a eficácia dessas normas, há que existir estruturas adequadas para impedir ou sancionar a violação de direitos humanos e responder às exigências das vítimas de tais violações.

Na história dos direitos humanos, há uma contínua discordância entre as normas e os fatos, porque a idéia do homem remete à realidade do direito e, por outro lado, a idéia do direito remete à realidade concreta das pessoas, dos grupos e dos povos, considerados na sua concreta existência dentro de determinadas relações de produção.

A realidade concreta das pessoas remete, também, à idéia de necessidades reais dessas pessoas. O ser humano, quando considerado dentro de uma determinada fase do desenvolvimento da sociedade, é “portador” de necessidades reais. As necessidades reais podem ser definidas como as potencialidades de existência e de qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos, as quais correspondem a um determinado grau de desenvolvimento da capacidade de produção material e cultural numa formação econômico-social.

É a partir dessas necessidades que Baratta constrói um conceito de “direitos humanos”, concebidos como a projeção normativa, em termos do dever ser, das necessidades reais e das potencialidades de existência e qualidade de vida das pessoas, dos grupos e dos povos.

O conteúdo normativo dos direitos humanos, entendidos numa concepção histórico-social, sobrepõe-se, como se vê, às suas transcrições nos termos do direito nacional e das convenções internacionais, assim como a idéia da justiça sempre ultrapassa as suas realizações dentro do direito e indica o caminho à realização da idéia do homem, orientado pelo princípio da dignidade humana.

Definindo as necessidades reais em termos de esferas de autonomia e recursos, Baratta classifica em dois grupos fundamentais de direitos humanos: ao primeiro pertencem os direitos à vida, à integridade física, à liberdade pessoal, à liberdade de opinião, à liberdade de expressão, à liberdade de religião e, também, os direitos políticos; ao segundo, os denominados direitos econômico-sociais, ou seja, o direito ao trabalho, à educação, à segurança etc.

3 O Estado Democrático de Direito e os direitos humanos

Os direitos humanos não podem ser vislumbrados dissociados da idéia de Estado.

Dentre os estágios de desenvolvimento da organização estatal, o único que recepciona adequadamente as concepções sobre os direitos humanos é o Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito, consoante o ensinamento de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes,

[...] tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública [...].⁵

A idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência, razão pela qual todo Estado Democrático é também Social.

Nesse modelo, o Estado não age sozinho, mas permite (requer) a participação do indivíduo e da sociedade civil na obtenção dos seus objetivos.

São princípios do Estado Democrático de Direito, no dizer de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, a constitucionalidade; a organização democrática da sociedade; o sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; a justiça social; a igualdade; a divisão dos poderes ou de funções; a segurança e a certeza jurídicas. A constitucionalidade indica que há uma vinculação do Estado Democrático de Direito a uma constituição como instrumento básico de garantia jurídica. A organização democrática da sociedade requer a participação dos indivíduos e da coletividade (sociedade civil) na escolha dos governantes, na estruturação do Estado e na definição das políticas públicas. O sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos concebe o Estado em duas dimensões, ou seja, como Estado de distância: porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma

5 *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 93.

autonomia perante os poderes públicos; e como Estado antropológicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade. A justiça social está relacionada à instituição de mecanismos corretivos da desigualdade social. Esses mecanismos compreendem as obrigações dos indivíduos para com o Estado para que este possa agir em relação a todos, privilegiando os que estão em posição de desvantagem (justiça distributiva). A igualdade compreende a garantia da igualdade formal e da diminuição das diferenças materiais, sobretudo garantindo oportunidades de vida para os que estão em posição de desvantagem. A divisão dos poderes ou de funções tem em vista o fracionamento do poder e das funções, facilitando o controle e a pluralidade. A segurança e a certeza jurídicas buscam a previsibilidade das ações e conseqüências, isto é, a evitação do arbítrio.⁶

Consta do preâmbulo e do art. 1º da Constituição Federal que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

A Constituição Federal de 1988, embora seja minuciosa na enumeração dos direitos fundamentais individuais e sociais, não prima por uma boa sistematização e por uma clara disciplina da matéria.

O Título II, dedicado aos *direitos e às garantias fundamentais*, é dividido em cinco capítulos, a saber: I – dos direitos e deveres individuais e coletivos; II – dos direitos sociais; III – da nacionalidade; e IV – dos direitos políticos.

Não há, no texto, uma distinção entre normas de direitos e normas de garantias dos direitos fundamentais. O constituinte não levou em consideração a estrutura de direitos para separá-los nas categorias utilizadas, preferindo catalogá-los segundo o valor-fim a ser protegido: homem-indivíduo, homem-membro da coletividade, homem-social, homem-nacional e homem-cidadão.

Dessa forma, no *caput* do art. 5º da CF, foram relacionados os seguintes direitos individuais: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Já, no *caput* do art. 6º da CF, foram relacionados os seguintes direitos sociais: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Isso não significa dizer que não tenham sido estabelecidos, em outros capítulos da constituição,

6 *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 83.

direitos e garantias individuais e sociais, tais como: o meio ambiente (art. 225), a celebração gratuita do casamento civil (art. 226, § 1º), o direito originário dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas (art. 231), somente para exemplificar.

Diversos autores, dentre eles Norberto Bobbio e José Alcibiades de Oliveira Júnior, sistematizam os direitos humanos em gerações. Assim, temos os direitos de primeira, de segunda, de terceira, de quarta e de quinta geração. Os direitos de primeira geração são os direitos individuais, que pressupõem igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto enquanto está inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. Os direitos de terceira geração são os direitos transindividuais, também chamados de direitos coletivos e difusos, que, basicamente, compreendem os direitos do consumidor e os relacionados à questão ecológica. Os direitos de quarta geração são os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e à bioengenharia, e que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia. Os direitos de quinta geração são os direitos advindos com a chamada realidade virtual e compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento das fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via *Internet*.⁷

É importante destacar que a norma do art. 5º, § 1º, da CF prevê a aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais. Destaca-se, também, que a norma do art. 5º, II, da Constituição Federal confere especial relevo ao princípio geral da reserva legal, expresso sob a fórmula “*ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Essa norma consagra a idéia de que qualquer intervenção permitida constitucionalmente na disciplina dos direitos fundamentais há de ocorrer mediante lei formal, isto é, por força de decisão do legislador. Essa intervenção, quando de caráter restrito ao âmbito das liberdades deve estar autorizada pela Constituição. Assim, a Constituição prevê direitos fundamentais que requerem uma prestação material (positiva) por parte do Estado (ex. seguridade social, educação, saúde) ou uma prestação negativa (ex. não intervenção na liberdade

7 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5-6 e 69; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 123-4.

de expressão, na liberdade de locomoção etc.)

Outro aspecto a ser enfatizado é que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se inserido no inciso III do art. 1º da Constituição Federal como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana espelha o respeito ao ser humano, no sentido ôntico (relativo ao ser), o existente múltiplo e concreto, o que se realiza não só pelo reconhecimento mas também pela garantia de um conjunto de bens ou valores imprescindíveis, essenciais mesmo, ao indivíduo e à comunidade da qual faz parte, denominados direitos sociais.

É possível delimitar um núcleo material mínimo de dignidade pessoal, indissociavelmente ligado à autonomia individual e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que deva constituir uma garantia irredutível num Estado de Direito.

Discorrendo sobre a dignidade da pessoa humana, Eduardo Novoa Monreal sustenta que o homem não apareceu

[...] no mundo como um ser a mais, que possa ser usado para a utilidade e proveito de outros. De sua racionalidade e independência interior resulta que ele se conhece e governa a si mesmo e que é um ente autônomo, que não pode ser considerado como um puro objeto, como coisa que outro ser possa possuir ou destinar para um fim qualquer.⁸

A dignidade, nesse sentido, será violada quando a pessoa for degradada ao nível de coisa ou de um objeto do atuar estatal, à medida que deixe de ser considerada um fim autônomo, para ser tratada como instrumento ou meio de realização de fins alheios.

A perspectiva até aqui exposta dos direitos humanos levou em consideração os conceitos, as teorias e o Direito Constitucional brasileiro, ou seja, nessa perspectiva, os direitos humanos são vistos como pertencentes ao campo do direito interno.

O tópico seguinte tratará do fenômeno da globalização dos direitos humanos, do papel do Direito Internacional nesse processo e das suas relações com o Direito Interno.

8 *O direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 84.

4 A internacionalização dos direitos humanos

Antes de qualquer referência à internacionalização dos direitos humanos, é importante ressaltar a visão de Boaventura Souza Santos sobre o fenômeno da “globalização”. Segundo esse autor, no artigo intitulado “*Uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos*”⁹, é muito difícil definir globalização. Mais que isso, afirma inexistir, estritamente, uma entidade única chamada “globalização”. Globalização, para esse autor, seria “o processo pelo qual determinada condição ou entidade local consegue estender a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”¹⁰. Essa visão traz ínsita a idéia de supremacia de um povo ou de uma cultura e a idéia de submissão de outro.

Ocorre que a idéia de direitos humanos não pode estar e, de fato, não está circunscrita às fronteiras de cada país.

As experiências vividas no século XX, sobretudo durante a Segunda Grande Guerra, fizeram com que a idéia de direitos humanos ultrapassasse as fronteiras dos diversos países, para que se produzisse uma concepção ampliada, que muitos denominam de direitos humanos internacionais.

A Carta das Nações Unidas, adotada e aberta à assinatura pela Conferência de São Francisco, em 26 de junho de 1945, e ratificada pelo Brasil, em 21 de setembro de 1945, é o grande marco na produção de uma concepção universal ou global dos direitos humanos. Também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Resolução 217 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, especificou os direitos humanos universalmente reconhecidos, isto é, que todos os países passaram a ter o dever de respeitar e/ou garantir, independentemente das suas fronteiras. São eles: a vida, a liberdade, a segurança, a integridade física e mental, a presunção da inocência, a privacidade, a nacionalidade, a propriedade, o matrimônio, a liberdade de religião, de opinião, de expressão e de reunião, a educação, a saúde etc.

Seguiram-se vários tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, que podem ser sistematizados conforme sejam de interesse universal

9 *Revista Lua Nova*. n. 39. 1997. p. 105-123.

10 *Op. cit.* p. 108.

ou de interesse regional.

Tem-se, assim, segundo Flávia Piovesan, um sistema global de direitos humanos, consistentes nos seguintes diplomas: Carta das Nações Unidas (1945); Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1992); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992); Convenção sobre a Prevenção e a Sanção do Crime de Genocídio (1951); Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989); Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1984); Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1968); Convenção sobre Direitos da Criança (1990).¹¹

Segundo essa mesma autora, há, também, um sistema regional interamericano, composto pelos seguintes diplomas: Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) (1992); Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1996); Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995).¹²

Importante avanço no campo do Direito Penal Internacional é o que diz respeito à criação do Tribunal Penal Internacional, na Conferência Diplomática ocorrida em Roma, no período de 15 de junho a 17 de julho de 1998, com a competência para julgar as graves violações de direitos humanos, tais como: os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. Embora tivessem ocorrido 7 (sete) votos contrários e 21 (vinte e uma) abstenções¹³ e esteja, ainda, em fase de adaptação diante das legislações internas de cada país firmatário, inclusive o Brasil, esse Tribunal já é considerado um significativo avanço na internacionalização dos direitos humanos e, dentro de pouco tempo, constituir-se-á, seguramente, no principal instrumento de controle dos governantes em face das graves violações desses direitos.

11 *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 337-8.

12 Op. Cit. p. 339.

13 JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 34.

5 A democratização do Brasil e a expansão normativa dos direitos humanos

A experiência brasileira, sobretudo nos anos dos governos militares, e a exposição do Brasil aos olhos internacionais, em face das graves violações de direitos humanos ocorridas nesse período, permitiram uma reflexão profunda e, especialmente, a busca pela constitucionalização dos direitos humanos fundamentais.

Por isso, a Constituição de 1988 representa um importante marco no reconhecimento dos direitos humanos no âmbito do Direito brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 não somente previu, no seu texto, um amplo rol de direitos considerados fundamentais do ser humano como também permitiu que esse mesmo rol fosse aumentado em face dos tratados internacionais dos quais o Brasil seja firmatário. Segundo o art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, “Os direitos e garantias expressas nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Havia, no entanto, até a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, divergências acerca da integração dos direitos humanos internacionais ao campo do Direito Interno. Sobre a integração ou a influência dos tratados sobre direitos e garantias individuais no Direito Interno, havia duas teorias: a teoria dualista e a teoria monista. Segundo a teoria dualista, existe uma separação radical entre o ordenamento jurídico internacional e o nacional, pois as relações que regulamentam ambos os direitos são distintas, já que o internacional é dedicado a regular as relações entre os estados e o direito interno as relações entre os indivíduos. Além disso, enquanto o direito internacional, por sua posição voluntarista, procede da vontade comum de vários estados, o direito interno procede da vontade unilateral do Estado. Por isso, o direito internacional não obriga o indivíduo, enquanto não transformadas em norma de direito interno. Por outro lado, para a teoria monista, existe uma unidade no ordenamento jurídico, não se admitindo uma dicotomia entre os dois ordenamentos, já que, de um lado, o Estado firma tratados no exercício de sua soberania – soberania esta que só existe se reconhecida no direito internacional – e, de outro, o tratado obrigaria não só o Estado, mas também os súditos

14 STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 61-66.

desse Estado, criando-lhes direitos e obrigações¹⁴. Assim, ao firmar tratados, o Estado estaria fazendo ingressar automaticamente no seu sistema normativo as normas pelas quais se obrigou, sendo desnecessária a edição de norma interna para que os tribunais passassem a aplicar o tratado na decisão de conflitos. Esta é a teoria seguida pela maioria dos autores do direito internacional e pelo supremo tribunal federal.

Para os que se sustentam na teoria monista, ou seja, que permitem a influência dos tratados no campo do direito interno, o *status* das normas do direito internacional em relação a esse pode ser: *status* superior ao das normas constitucionais; *status* de norma constitucional; ou *status* de lei federal.

Para os que admitem que as normas de direito internacional possuem um *status* superior ao das normas constitucionais, entre os quais estão Pontes de Miranda, Hildebrando Accioly, João Gracindo Rodas, Oliveiros Litrento, Fábio Comparato, o fundamento estaria na noção de solidariedade e na unidade do gênero humano. Para a corrente que admite que as normas de direito internacional gozam de paridade com as normas constitucionais, quando versarem sobre direitos fundamentais, à qual pertence a maioria dos autores, o fundamento estaria na norma do art. 5º, § 2º, da CF. Por fim, há a corrente que sustenta que os tratados e as convenções internacionais têm *status* de lei ordinária, à qual pertencem Francisco Rezek e a linha adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹⁵. No campo do Direito brasileiro, essa discussão foi superada após a vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, com o seguinte teor:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Portanto, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos, terão *status* de norma constitucional.

14 STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 61-66.

15 STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. Op. cit. p. 69-80.

Assim, levando em consideração a Constituição Federal e os tratados internacionais sobre direitos humanos, Flávia Piovesan classifica os direitos humanos em três grupos: o dos direitos expressos na Constituição; o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e o dos direitos implícitos¹⁶.

6 Impasses no tratamento dos direitos humanos

Passa-se, agora, ao quinto tópico desta abordagem, ou seja, sobre aquilo que pode ser considerado impasse no tratamento das questões relacionadas com os direitos humanos.

Segundo Baratta, no mesmo artigo antes referido, a história da humanidade é a história da violação dos direitos humanos. A história dos povos e da sociedade apresenta-se, diz ele, como a história dos contínuos obstáculos encontrados nesse caminho, a história da contínua violação dos direitos humanos, isto é, da permanente tentativa de reprimirem-se as necessidades reais das pessoas, dos grupos e dos povos. Essa história da violação dos direitos humanos refere-se à discrepância entre as condições potenciais da vida e as condições atuais. As condições potenciais são aquelas que seriam possíveis para a maioria dos indivíduos na medida do desenvolvimento da capacidade social de produção. As condições atuais se devem ao desperdício e à repressão dessas potencialidades.

A satisfação das necessidades, segundo Baratta, pode dar-se consoante uma “maneira humana” ou conforme uma “maneira desumana”. A “maneira humana” de satisfação das necessidades está ligada ao desenvolvimento das forças produtivas da sociedade. Por outro lado, na “maneira desumana”, a satisfação das necessidades de uns produz-se à custa da satisfação das necessidades dos outros. A história da violação dos direitos humanos, segundo esse autor, decorre, também, da imposição da “maneira desumana” à “maneira humana” de satisfação das necessidades. Daí decorre o que se denomina violência em todas as suas formas, dentre as quais se destaca a violência estrutural. A violência estrutural é a repressão das necessidades reais e, portanto, dos direitos humanos no seu conteúdo histórico-social. É a forma geral de violência em cujo contexto costumam originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência. Nesse sentido, violência estrutural é sinônimo de “injustiça social”.

16 Ob. cit. p. 321.

Dentre as formas de violência originárias da violência estrutural estão: a violência individual, quando o agente é o indivíduo; a violência grupal, quando o agente é um grupo social, que, por sua vez, serve-se de indivíduos particulares, como, por exemplo, os grupos paramilitares; a violência institucional, quando o agente é um órgão do Estado; por fim, a violência internacional, quando o agente é a administração de um Estado, que se dirige com determinadas ações por meio de órgãos próprios ou de agentes mantidos por aquela contra o governo e contra o povo de outro Estado, como, por exemplo, nos casos de mercenarismo e sabotagem econômica. Há, ainda, outras formas de violência, relacionadas ao modo como é praticada e aos sujeitos contra quem se pratica. Mas qualquer que seja a sua forma, a violência é sempre repressão de necessidades e, portanto, violação ou suspensão de direitos humanos.

Dentre as formas de violência mencionadas, a que está relacionada diretamente com o tema em estudo é a violência institucional, que pode ter formas legais, quando está de acordo com as leis vigentes de um Estado, ou, como acontece em muitos casos, pode ter formas ilegais. Alessandro Nepomoceno sustenta que, em face do código ideológico, os agentes do Estado decidem “além da lei”¹⁶. São exemplos de violência institucional, também, o terrorismo de Estado e as distintas formas de ditadura e de repressão militar.

O envolvimento do Estado na violação de direitos humanos remete a um tema que parece constituir em verdadeiro impasse: o do direito como instrumento de violação de direitos (violência legal). É que a noção de norma jurídica, na qual se ampara o Direito, segundo Norberto Bobbio, traz consigo a noção de sanção¹⁷, que nada mais é do que a privação de direito. Por isso, há um impasse em se buscar o respeito aos direitos humanos pelo sancionamento, ou seja, pela privação de direitos.

É evidente que o estágio atual do desenvolvimento humano não permite que se abstenha da idéia de direito, no entanto, há que buscar formas de sancionamento que agridam, com menos gravidade, os direitos humanos, e isso não é uma tarefa fácil.

Dentre as formas de violação de direitos humanos por meio do próprio Direito, o sistema penal é o instrumento por meio do qual essa violação se

16 *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 232.

17 *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis e Universidade de Brasília, 1991. p. 27.

manifesta de forma mais intensa. Baratta responde essa questão utilizando-se de uma fenomenologia global da violência, compreendida como a repressão das necessidades reais e dos direitos humanos, que se apresenta na perspectiva da Criminologia Crítica. Nessa perspectiva, apresentam-se quatro categorias de considerações que têm relação com o papel do Direito Penal e as alternativas a esse: a primeira refere-se aos limites do sistema de justiça criminal como reação à violência e à defesa dos direitos humanos; a segunda refere-se ao sistema punitivo como sistema de violência institucional; a terceira diz respeito ao controle social alternativo da violência; e a quarta relaciona-se à concepção da violência e da defesa dos direitos humanos no contexto dos conflitos sociais.

Como se vê, a violência é percebida ou “construída” como problema social de maneira parcial pelo sistema do Direito Penal. A partir do ponto de vista das previsões legais, a violência criminal é somente uma ínfima parte da violência na sociedade e no mundo. Somente alguns tipos de violência individual são levados em consideração pelo sistema de justiça criminal (a violência do pagamento de um salário mínimo para um operário chefe de família não interessa ao sistema penal, por exemplo).

A violência de grupos e a violência institucional, por outro lado, são consideradas, apenas, em relação às ações de pessoas individuais e não no contexto do conflito social em que elas se expressam (pense-se o soldado da Polícia Militar que persegue em alta velocidade um veículo suspeito e atropela culposamente outra pessoa, mas não se questiona o próprio sistema que o obrigou a agir daquela forma).

A violência estrutural e, em sua maior parte, a violência internacional são excluídas do horizonte do conceito de crime.

O modo como o sistema de justiça criminal intervém sobre esse limitado setor da violência “construído” por meio dos conceitos de criminalidade é estruturalmente seletivo. Essa é uma característica de todos os sistemas penais: há uma enorme disparidade entre o número de situações em que o sistema é chamado a intervir e aquelas em que este tem possibilidades de intervir e efetivamente intervém. É o que Vera Andrade denomina de seletividade quantitativa¹⁸. Estudos criminológicos já demonstraram que o sistema penal está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das

18 *Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 263-66.

infrações, seguramente inferior a 10%.

A regra é a “imunidade” no modo de funcionamento desse sistema e não a “criminalização” como normalmente se imagina. Essa imunidade e essa criminalização são realizadas geralmente segundo a lógica das desigualdades nas relações de propriedade e de poder, isto é, os grupos poderosos possuem capacidade de garantir uma quase que total impunidade das próprias ações criminais, e impor uma ação do sistema direcionada às infrações praticadas pelos segmentos mais frágeis e marginalizados da população. É a seletividade denominada de qualitativa por Vera Andrade¹⁹.

Assim sendo, a resposta penal passa a ser, sobretudo, uma resposta “simbólica” e não “instrumental” (real e eficaz), isso porque o controle penal intervém sobre os efeitos e não sobre as causas da violência; sobre as pessoas e não sobre as situações; de maneira reativa e não preventiva; e não imediatamente posterior ao delito.

Também no que diz respeito aos fins da resposta penal, são eles quase que impossíveis de serem alcançados. Ao discorrermos sobre os antecedentes e a reincidência criminal como *Estigmas da Criminalização*, tivemos a possibilidade de demonstrar que a prevenção geral positiva (integração) não se verifica, pois os criadores das normas penais estão dissociados da realidade social. A prevenção geral negativa (intimidação) não está comprovada cientificamente como meio de contramotivação dos infratores potenciais e, quando ocorre, alcança de modo diferente tais pessoas. A prevenção especial positiva (ressocialização) é promessa que não se cumpre por meio da privação da liberdade, realizando, sim, funções invertidas de estigmatização e dessocialização. A prevenção especial negativa (neutralização e intimidação especial) também não ocorre, pois a pena não impede novas práticas delitivas, ao contrário, estimulam-nas, sobretudo no que diz respeito às agressões contra os próprios detentos ou funcionários dos estabelecimentos prisionais, levados a efeito, muitas vezes, por quadrilhas ou bandos a mando de líderes existentes no interior das prisões, bem demonstradas pela crescente cifra de rebeliões a partir da lei dos crimes hediondos (lei nº 8.072/90). A função retributiva é alcançada, muitas vezes, de forma desproporcional e, como já dito, em cifras reduzidíssimas²⁰.

Diante disso, Baratta sustenta que, embora o sistema penal quase sempre

19 Ob. cit. p. 266-76.

20 BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da Criminalização: dos antecedentes à reincidência criminal*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998. p. 205-14.

não cumpra as suas funções declaradas, não significa dizer que ele não produz efeitos reais e não cumpre funções latentes, não declaradas. Tais efeitos e funções incidem negativamente na existência dos indivíduos e contribuem para reproduzir as relações desiguais de propriedade e poder na sociedade. A pena, desse ponto de vista, apresenta-se como violência institucional que cumpre a função de um instrumento de reprodução da violência estrutural. É, assim, uma violência institucional, ou seja, a repressão das necessidades reais. A suspensão dos correspondentes direitos humanos em relação às pessoas consideradas responsáveis penalmente é justificada dentro da teoria tradicional do *jus puniendi* pelas funções instrumentais e simbólicas que a pena deve cumprir em face da infração realizada pelo sujeito declarado responsável.

Sabe-se muito bem que as funções declaradas da pena, na maioria das vezes, não se realizam e que a pena, assim, não é “útil”. Sabe-se, também, que a suspensão de direitos, num elevado número de casos, dá-se com imputados à espera de julgamento e que, em muitos sistemas punitivos, o indiciado cumpre uma pena extralegal ou, de outro modo, antecipada desde a sua primeira relação com a polícia, via de regra em relação a acusados oriundos de grupos sociais vulneráveis e marginalizados da população.

Em face das limitações que o direito apresenta como sistema de normas de conduta, cuja eficácia decorre do sancionamento, temos que apenas a ética espontânea (e não a ética moralista)²¹ pode constituir-se em um caminho que possibilite um conjunto de normas que, sem serem sancionadas, e, por isso, sem lesarem direitos, uma direção a ser seguida.

A ética somente é possível em um estágio de desenvolvimento social elevado, pois somente pode ser praticada por quem tem a consciência, ou seja, por quem atingiu níveis elevados de consciência e, por isso, por pessoas que são guiadas pela idéia de certo e de errado que brote da consciência e não por idéias moralistas ou impostas pelo sistema jurídico. Essas pessoas dispensam um sistema de fiscalização, de policiamento, de imposição de normas.

Esse estágio somente pode ser alcançado por meio da educação, embora nem todas as pessoas que tenham sido submetidas a um processo educacional necessariamente sejam éticas. Esse estágio avançado é algo que se alcançará, que se está em busca, razão pela qual o sistema jurídico não pode ainda ser dispensado. Um dia, quem sabe, o mundo será regido pela ética.

21 WEIL, Pierre. *A nova ética*. 4. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002. p. 16-22.

7 Desafios em relação aos direitos humanos

Segue-se, assim, para o sexto e último momento, ou seja, sobre alguns desafios que se apresentam não somente no campo do conhecimento científico relativo aos direitos humanos mas também sobre a sua operacionalização, o que está na esfera, dentre outros, dos operadores do Direito.

7.1 Desafios do campo do conhecimento

Os desafios do campo do conhecimento são os da esfera da Ciência Jurídica, ou seja, o que a Ciência pode, ainda, fazer em relação aos direitos humanos.

Para tal, far-se-á uso de algumas considerações feitas por Antônio Augusto Cançado Trindade, ao prefaciar a obra “*Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*”, da autora Flávia Piovesan, as quais, para o propósito desta abordagem, são por demais suficientes.

7.1.1 A superação da divisão entre direito público e direito privado

O primeiro desafio diz respeito à superação da divisão rígida entre o direito público e o direito privado, pois essa divisão atenta contra a necessidade de proteção do ser humano, ante a atual diversificação das fontes de violação de seus direitos.

Essa divisão não resiste aos imperativos de proteção dos direitos humanos, por exemplo, nas relações interindividuais (ex.: violência doméstica) e nos atentados perpetrados por agentes não-identificados, meios de comunicação, grupos econômicos, e outros entes não-estatais.

7.1.2 A superação da polêmica entre monistas e dualistas

Outro desafio, no campo científico, diz respeito à superação da clássica, estéril e ociosa polêmica entre os dualistas e monistas, pois o ser humano é su-

jeito tanto do direito interno quanto do Direito Internacional. Esses dois Direitos, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, mostram-se em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano. Não mais cabe insistir na primazia da norma de direito internacional ou de direito interno, porquanto o primado é sempre da norma – de origem internacional ou interna – que melhor proteja os direitos humanos. O direito dos direitos humanos efetivamente consagra o critério da primazia da norma mais favorável às vítimas. No campo do Direito brasileiro, essa polêmica está superada, com a vigência da norma do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004.

7.1.3 A superação da divisão em categorias de direito

O terceiro desafio a ser enfrentado na esfera do conhecimento é o que trata da superação das categorias de direito, pois, ao contrário do que comumente se supõe, muitos dos direitos econômicos e sociais, ou componentes desses, são, a exemplo dos direitos civis e políticos, perfeitamente justificáveis.

As necessidades de proteção do ser humano novamente se insurgem contra construções teóricas nefastas que, invocando a pretensa natureza jurídica de determinadas categorias de direitos, buscam negar-lhes meios eficazes de implementação, e separar o econômico do social e do político, como se o ser humano, titular de todos os direitos humanos, pudesse dividir-se nas diferentes áreas de sua atuação.

7.1.4 A superação do modelo de geração de direitos

Por fim, o quarto desafio do campo científico é o que diz respeito à fantasia das chamadas “gerações de direitos”, que corresponde a uma visão atomizada ou fragmentada desses últimos no tempo.

A noção simplista das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos.

Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica da “sucessão generacional” parecia supor, os direitos humanos não se “sucedem” ou

“substituem” uns aos outros, mas antes se expandem, acumulam-se e fortalecem-se, interagindo os direitos individuais e os direitos sociais, tendo estes últimos, inclusive, precedido os primeiros no plano internacional, a exemplo das primeiras convenções internacionais do trabalho.

Assim, o que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas, antes, da expansão, da acumulação e do fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar de todos os direitos humanos.

Contra as tentações dos poderosos a fragmentar os direitos humanos em categorias, postergando, sob pretextos diversos, a realização de alguns daqueles (ex.: os direitos econômicos e sociais) para um amanhã indefinido, insurge-se o direito dos direitos do humanos, afirmando a unidade fundamental de concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos.

7.2 Desafios do campo da operacionalização (Política)

No campo da operacionalização dos direitos humanos, ressaltam-se, dentre muitos, os seguintes desafios:

7.2.1 A transformação do conceito de direitos humanos no senso comum: dos “humanos direitos” aos “direitos humanos”

O primeiro dos desafios do campo da operacionalização diz respeito à transformação das concepções acerca de direitos humanos no senso comum, no qual prepondera uma visão maniqueísta, ou seja, de que a sociedade está dividida em dois grupos: o grupo dos homens bons ou dos “humanos direitos” e o grupo dos homens maus.

Essa divisão já está superada diante da concepção de que todos nós temos vícios e virtudes e, por isso, não somos somente bons ou somente maus.

No entanto, algumas pessoas, que se arvoram em pertencer ao grupo dos bons, procuram descaracterizar os direitos humanos, a fim de que as pessoas, supostamente pertencentes ao grupo dos maus, não possam deles ser sujeitos de direitos.

Faz-se necessário desconstruir essa visão maniqueísta, para que as pessoas

que pensam pertencer ao grupo dos bons ou humanos direitos também não deixem de ser sujeitos de direitos.

7.2.2 O fortalecimento do Estado como um instrumento de garantia de direitos

O segundo desafio, no campo da operacionalização dos direitos humanos, refere-se ao fortalecimento do Estado como instrumento de garantia de direitos.

O Estado, na sua concepção democrática e social, é um importante instrumento na busca da igualdade social. É ele que pode colocar-se entre o forte e o fraco e oferecer oportunidades a este, garantindo que não seja submetido à maneira desumana de satisfação das necessidades dos mais fortes.

Por isso, deve o Estado ser fortalecido e não enfraquecido, minimizando-se, tão-somente, a sua capacidade de fazer o mal.

7.2.3 A transformação do sistema de penas (da repressão à prevenção por meio de políticas públicas)

Por fim, vê-se como um desafio aos operadores de direito e a todos os agentes públicos, a transformação do sistema de penas.

O Estado deve ser um prestador de serviços coletivos, sobretudo uma estrutura de realização de políticas sociais e de garantia de direitos. A pena deve ser o último instrumento a ser utilizado por ele, que deve buscar, prioritariamente, a solução dos conflitos, em vez de exercer o seu poder de punir. O direito penal deve ser um instrumento que possibilite o Estado punir, apenas, como ultima *ratio* e desde que observadas as formalidades legais. Como nos ensina Louk Hulsman,

[...] o “modelo de punição” é somente uma das maneiras de construir uma responsabilidade do ator. Ao lado dela, temos outros modelos para responsabilizá-lo, tais como o educa-

22 Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In. PASSETI, Edson e SILVA, Roberto Baptista Dias (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997. p. 210.

cional, o compensatório, o terapêutico e o conciliatório.²²

A justiça consensual deve ser a tônica no enfrentamento das questões decorrentes dos conflitos individuais e coletivos.

As sanções devem ser as que menos agridam os direitos humanos e que possibilitem às pessoas envolvidas entender a razão da intervenção estatal, isto é, devem ser úteis e ter um caráter meramente pedagógico e incluyente e nunca excludente.

8 Conclusões

A luta da humanidade é a luta pelo respeito à individualidade, às diferenças, à liberdade. É uma luta, também, para que todos possam ter o mínimo para a sua subsistência, isto é, a luta pelo atendimento das necessidades reais.

Como disse Baratta, não pode mais a luta pela sobrevivência estar baseada no sacrifício do direito de alguns para garantir-se o direito de outros. Por isso, a luta pelos direitos humanos deve levar em conta que todos devemos fazer um pouco, ou seja, uma luta em que todos têm as suas parcelas de dever, de responsabilidades, de obrigações. Deve ser uma luta em que todos merecem, também, um pouco, do produto desse trabalho, ou seja, uma luta que garanta a todos um pouco do que for produzido. Por isso, essa luta deve contar com a participação de todos, tanto no ônus quanto no bônus, tanto no dever quanto no direito, tanto na divisão da responsabilidade quanto na divisão dos frutos.

Solidariedade, responsabilidade e participação são os três pilares sobre os quais deve apoiar-se a luta pelos direitos humanos.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garçon Valdés, da edição tedesca de 1986. Madri: Centro de Estudos Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, Vera Regima Pereira de. *Ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle*. Porto Alegre: Advogado, 1997.
- BARATTA, Alessandro. *Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal*. Tradução por Ana Lúcia Sabadell. Saarland: Universidade de Saarland,

Alemanha, 1993.

- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 226.
- BISSOLI FILHO, Francisco. *Estigmas da criminalização: dos antecedentes à reincidência*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5-6 e 69.
- BOBBIO, Norberto. *A teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Polis e Universidade de Brasília, 1991.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais*. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 123-124.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fundamentos da constituição*. Coimbra : Coimbra, 1991, p. 83.
- HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias (Org.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. p. 84.
- NEPOMOCENO, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- WEIL, Pierre. *A nova ética*. 4. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 481.
- SANTOS, Boaventura Souza. Uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Revista Lua Nova*. n. 39. 1997, p. 105-123.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

O SUICÍDIO DE WERTHER (E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA)

Isaac Sabbá Guimarães
Promotor de Justiça – SC
Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

Ao meu pai, Newton, humanista *par excellence*.

“A natureza humana [...] tem seus limites: pode suportar a alegria, o sofrimento, a dor até certo ponto, arruína-se, porém, mal ele seja ultrapassado. Assim, a questão não é ser-se fraco ou forte, mas conseguir suportar a medida do seu sofrimento, seja moral ou físico. E acho tão estranho chamar covarde a quem põe fim à própria vida como a quem morre de febre maligna”.

GOETHE, A paixão do jovem Werther

1. A fase Romântica tem como um de seus traços marcantes o diálogo quase constante entre o amor impossível e a renúncia. As limitações provocadas pelo pudor permitem apenas a idealização de amores e os personagens nem sempre passam da condição de apaixonados para a de amantes. E a *agonia* de ter-de-viver-o-impossível conduz, às vezes, ao ato extremo, como que antecipando a vontade de *Chrónos*, o deus Tempo, a quem compete estabelecer o início e o fim das coisas – e que implacavelmente devora as coisas. No romance *A paixão do jovem Werther*, produzido pelo gênio de GOETHE, cognominado por seus coetâneos de *der göttlich*, esse paroxismo Romântico ganhou novos

matizes. GOETHE – *der göttlich* - não trata apenas da história de um amor impossível: faz, antes, a exaltação apologética do suicídio.

O jovem artista WERTHER, pertencente ao mundo *blasé* da alta burguesia, refugia-se numa bucólica vila, onde busca o modo de vida contemplativo. Cerca-se dos clássicos gregos, passeia pelos campos e quase que rejeita as frivolidades burguesas, inclusive arengando contra alguns cânones daquela sociedade. Mas ele próprio está preso àquela condição: sua existência revela a caricatura daquele *savoir-vivre* burguês: freqüente bailes das altas rodas, relaciona-se com a aristocracia e nunca revela a que veio, é apenas a potência de um artista que não se manifesta. Pois essa figura de homem acaba por vergar-se à paixão (impossível) por LOTTE. A menina agrada-lhe por seus modos e pelas feições pintadas em tons pastel pelo Romântico GOETHE. Mas é noiva de ALBERT, o que se torna barreira intransponível a WERTHER: a lealdade e correção impedem-no do ato mais verdadeiramente sincero. E é em meio a esse enredo de amor-ideal e renúncia que permeiam os conceitos de suicídio de WERTHER.

O anti-herói, que põe fim à sua vida por causa do amor impossível, é, aparentemente, contraditório. Num de seus diálogos, refere que “Se tivéssemos sempre um coração aberto para gozar o bem que Deus nos reserva a cada dia, teríamos também força suficiente para suportar o mal que viesse”¹, para, em outro momento e numa de suas cartas, perguntar se será condenável a falta de coragem daquele que, gravemente enfermo, não teve coragem de pôr termo à vida. Mas o *lóghos* de GOETHE², transportado para WERTHER, prega-nos uma peça, porque transcende às impressões menos fundadas. A lógica de WERTHER não é contraditória em si, mas alicerça um alto edifício no qual cada piso abriga os muitos departamentos da natureza humana. Há, pois, o limite extremo da resistência às dores morais e físicas; há a integridade de uma moça que se suicida porque não daria seu amor senão ao noivo; por fim, há o rompimento

1 GOETHE, Johann Wolfgang. *Die Leiden des jungen Werther*, trad. port. *A paixão do jovem Werther*, por Teresa Seruya, et al., Lisboa: Relógio d’Água, 1998. p. 161.

2 Temos aqui de fazer uma breve nota para lembrar que *der göttlich* era um artista da palavra escrita como poucos porque, lembrando a lição de SABBÁ GUIMARÃES, “[...] no campo lingüístico exalça a língua, **lexis + verbum** para desembocar no **lóghos**, no fazer literário –, em temas eternos [...]”, diferente, concluímos nós, dos “magos” oportunistas, vestidos em roupas de esotérico para alcançarem uma fama fácil, mas cuja obra, podemos já predizer, jamais será eterna, porque inconsistente. Cfr. SABBÁ GUIMARÃES, Newton. A poesia de Violeta Branca. *Revista da Academia Amazonense de Letras*, Manaus, ano LXXXIII, n. 23, p. 29,

com o impossível no último ato de WERTHER.

Mas a questão que perpassa pela análise do suicídio de WERTHER e que doravante ocupará nossa atenção relaciona-se com a dignidade da pessoa humana, princípio maior do Direito, e que está intrinsecamente ligado aos bens jurídicos ditos fundamentais, como a honra, a integridade física, a liberdade e... a vida. Tentando melhor dispô-la em outras questões correlatas: haverá uma negação da dignidade da pessoa humana quando se admite como altaneiro o gesto do suicídio? Por outro lado, haverá graus de dignidade quando se outorga Liberdade - (com “L” maiúsculo, para designar sua ampla latitude), também um valor presidido por aquele princípio – de decidir sobre a vida, inclusive para a suprimir? E, numa última reflexão, os interesses de Estado podem justificar o seu domínio sobre o bem jurídico vida?

2. Numa primeira aproximação aos problemas sugeridos, recorramos a GOETHE, *der göttlich*, para quem o homem tem uma especial dignidade, quase o aproximando de D’us³. Deixemo-lo falar:

O que é afinal o homem, este *semideus tão enaltecido*?! Não lhe faltam as forças precisamente quando mais necessita delas? E quando se eleva em alegria ou se afunda em sofrimento, *não é refreado em ambos os casos e trazido de volta à consciência embotada e fria, no momento em que aspirava a perder-se na plenitude do infinito*?⁴

O homem goethiano, portanto, estava a um nível abaixo de D’us, muito próximo d’Ele, mas acima de outros seres. Tem a razão para (poder) refreá-lo à beira do precipício das paixões. Mas, também, é humano, ser imperfeito e suscetível de falhas: “o homem é homem, e o entendimento reduzido que cada um possa ter pouco ou nada vale quando a paixão desenfreada bate nos limites da humanidade”⁵. É devido ao caráter de incompletude do Homem que GOETHE desculpa quem não consegue extirpar seu sofrimento com o suicídio perguntando: “E não será que o mal [o sofrimento]⁶, consumindo-lhe as forças, lhe rouba ao mesmo tempo a coragem para dele se libertar?”⁷.

3 Por nós assim grafado por respeito judaico ao Bendito Nome, ברוך השם.

4 Op. cit. p. 240. Os grifos são nossos.

5 Op. cit., p. 183.

6 A interpolação é nossa.

7 Op. cit., p. 175.

Pelo que se depreende, para GOETHE, o suicídio não nega a dignidade da pessoa humana, ao contrário, é o aturar-se o sofrimento degradante que pode diminuir sua dignidade, só desculpável se for invencível, por roubar ao homem a coragem de pôr termo à vida.

Mas de que dignidade estava a falar GOETHE (e a cujo sentido estamos recorrendo com frequência nesta análise em que se tenta responder se é harmonizável com o direito de dispor-se da vida)? Por outro lado, essa tensão entre dignidade da pessoa humana e direito à vida (inclusive de dela dispor-se) será sempre invencível, daí surgindo uma verdadeira antinomia?

Ora bem, parece-nos oportuno aqui lembrarmos que o conceito de Dignidade da pessoa humana (escrito assim mesmo, com “D” maiúsculo) é dos mais amplos, no entanto, tangenciado pelo Direito Natural⁸. Não o Direito Natural da iluminura setecentista, de após, portanto, TOMÁS DE AQUINO e SANTO AGOSTINHO, que tendeu para o reducionismo do Direito divino – Direito que, segundo os escolásticos, é dado pronto e acabado, alicerçado em princípios eternos e universais – ao plano ideal e distinto do plano do direito positivo; mas o Direito Natural de raiz clássica, no qual se poderá encontrar um caráter dialético e metodológico⁹, que integrará o processo embrionário dos direitos positivos. Quer dizer, essa Dignidade, que se relaciona aos valores mais caros do homem, é princípio a que se recorre em várias instâncias do Direito, para a proteção da honra, da integridade física, da liberdade e da vida. E, para além desses direitos de primeiro grau, todos os demais deles decorrentes reconduzem-se, em última análise, ao princípio da dignidade da pessoa humana,

8 Devemos destacar, em atenção ao rigor metodológico, a expressão por nós aqui utilizada. É que o princípio da dignidade da pessoa humana não é, em si, Direito Natural, mas uma teoria jusfilosófica que bem pode ser enquadrada no jusnaturalismo, mas que serve, indubitavelmente, de justificação aos direitos ditos naturais.

9 Como refere MICHEL VILLEY, citado por FERREIRA DA CUNHA. Este autor esclarece, ainda, que “o Direito Natural funcionará não como chave-gazua de abertura fácil de todas as portas em todo o *hic et nunc*, mas como permanente interrogação, instância problematizante, crítica do direito positivo”. E, mais adiante, arremata: “É portanto possível conceber-se o Direito Natural não como um conjunto de regras de um *outro direito* (e a ideia de “um conjunto de regras” é tipicamente positivista), mas como um diferente olhar sobre a realidade, um instrumento de trabalho na criação do direito positivo, comportando, antes de mais, uma preocupação, um escopo: a busca constante e perpétua do justo, uma realidade principal, um legado histórico e teórico (que, não se confundindo com a realidade, ajuda a vê-la, nas suas diferentes facetas), etc”. CUNHA, Paulo Ferreira da. *O ponto de Arquimedes. Natureza humana, Direito Natural, Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 95.

como o direito de reunião, direito ao trabalho, direito de associação, direito a professar uma religião, direitos políticos, etc. A verdade é que o Direito, como fenômeno cultural e indissociável do *hic et nunc* histórico, não poderá abarcar toda a ampla acepção, ou melhor, o *lóghos* da Dignidade. E, muitas vezes, ao pretender preservá-la, faz concessões que acabam, *tout court*, por negá-la¹⁰. É o que nos diz, talvez de uma forma mais pessimista, FERREIRA DA CUNHA:

Estabelecer parâmetros muito rígidos sobre ela [a Dignidade] não parece ser boa política. Mas a verdade é que o preço da dignidade anda actualmente muito por baixo. Não há, evidentemente, respeito pela dignidade do Homem quando ele é rebaixado e funcionalizado. Quando o Homem passa a ser mero contribuinte (por vezes espoliado), pagador, espectador, consumidor, acrítico leitor, etc..., não há respeito por essa dignidade. Não há dignidade quando a integridade física e moral das pessoas é violada pelo Estado, ou quando os próprios particulares abdicam da sua, a troco da fama ou de uns tostões, maiores ou menores, como em alguns programas televisivos. E o público que os vê comunga desse rebaixamento¹¹.

Devido a essas dificuldades, a dignidade da pessoa humana, que, na Lei Fundamental, foi elevada à condição de princípio maior que preside aos direitos fundamentais, deverá ser entendida segundo duas ordens de problemas da pessoa humana, e a elas conformar-se: “1) O problema da sua posição perante o ser, na existência (o problema metafísico); 2) o problema de sua relação com o outro, na acção (o problema ético)”. Problemas que, conforme CASTANHEIRA NEVES, causam dois graves perigos: “Quanto ao problema metafísico, o perigo

10 Ocorre-nos à lembrança a lei brasileira, já revogada, que determinava a doação de órgãos, desconsiderando certas convicções religiosas. E, mais recentemente, temos constatado uma política simbólica e falaciosa de promoção da população negra, aventando-se a hipótese de criarem-se vagas especiais nas universidades para negros e, por conseqüência, fundando o que FERREIRA DA CUNHA chama de “discriminação positiva”. A este respeito, o jusfilósofo conimbricense afirma: “A discriminação positiva, que raramente contempla os pobres, mas favorece sobretudo as camadas de elite de certas “minorias” (os activistas políticos e sociais que delas se possam reivindicar por razões de sexo, raça, cultura, actividade, etc.), estabelece uma nova hierarquia de pessoas, em que o homem comum, desprotegido, fica prejudicado, e muito mais prejudicadas as minorias não contempladas”, rompendo – completamos nós – com os princípios que vão atrelados ao da dignidade da pessoa humana, que são o da igualdade e o da universalidade. Cfr. CUNHA, Paulo Ferreira da. Op. cit., p. 185.

11 Op. cit., p. 212.

de entregarmos (abdicarmos) a solução aos ideólogos. Quanto ao problema ético, o perigo de aceitarmos unicamente para ele a solução dos políticos”¹². Ao que parece, a grande viragem histórico-político-jurídica do após Segunda Grande Guerra Mundial, quando o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser inscrito nas Constituições, armou-nos uma cilada. E agora, como resolver todos os problemas ligados à Dignidade?

3. Retrocedamos um pouco à questão axial em relação à ordem de problemas proposta: o direito sobre a vida e, em seu desdobramento, o direito sobre a morte. Que, apesar de fragmentar-se em muitas outras questões (históricas, políticas, culturais, sociais, religiosas, etc.), pode ser analisada a partir do tronco de cariz judaico-cristão formador das sociedades ocidentais modernas; da ciência política; e do atual apelo jusfilosófico a uma classe de valores ontológico-axiológicos, quando voltamos ao ponto de partida fixado no princípio da dignidade da pessoa humana.

A) Com efeito, a formação ético-religiosa judaica determina que a vida é um valor supremo do homem. Mas um valor enraizado no respeito a D’us e às Suas leis. Quer dizer, o dom da vida não foi entregue ao Homem sem qualquer finalidade: o Homem deve ter uma direção, deve cumprir um papel. É um ser messiânico, mas que também atua, cumprindo as leis e as מצוות (*mitzvot*)¹³. E é nisso que se lhe reconhece uma especial dignidade. No entanto, parece-nos que a dignidade, como princípio ao qual vai intrinsecamente ligado o valor Vida, encerra-se dentro dos estritos limites das leis religiosas escritas na תורה (*Torá*)¹⁴ e no תלמוד (*Talmud*).¹⁵ É o que se depreende quando BARYLKO menciona: “Los preceptos fueron dados a los hebreos para que vivan con ellos y no para que mueran. Por eso está escrito: “Lo que el hombre debe hacer, y vivirá con ellos” (*Levítico XVIII, 5*). Vivir y no morir”. E, de maneira mais clara, arremata:

Pero cuando se trata de una imposición exterior para convertirnos a otra religión (*shemad*), entonces está por encima de todo el valor de la santificación del nombre de Dios (*Ki-*

12 NEVES, A. Castanheira. Dignidade da pessoa humana e direitos do homem. In *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 426.

13 Plural de מצווה (*mitzvá*) – preceito.

14 Pentateuco.

15 Obra composta pelos sábios após o período bíblico.

dush Hashem), y por él cabe morir, como está escrito: “No profanaréis el nombre de Mi santidad, y Seré santificado dentro de los hijos de Israel” (*Levítico XVIII, 5*).

E, ainda:

Elegir a la vida, ese es el precepto máximo. Elegir a Dios es elegir la vida. Por otra parte se establece en estos términos la base del judaísmo, que rechaza el culto a los muertos, la mortificación, el ascetismo y demás tendencias subjetivistas que alejan al hombre de la vida real y concreta, con el prójimo, en sociedad. Los preceptos (*mitzvot*) fueron dados, pues, con esta finalidad: educar para la vida.¹⁶

Por aí já se pode ver que o suicídio é condenável, porque é ato que representa, ao mesmo tempo, a renúncia ao maior dom entregue por D’us e ao dever de viver para cumprir os mandamentos.

A cultura cristã herdou boa parte da base filosófica judaica, adjudicando para si os dez mandamentos, onde se encontra o peremptório “não matarás”. A fraternidade, que envolve a idéia de solidariedade humana, também se radica no judaísmo e, a nosso ver, é um daqueles traços especiais do ser hominal que determinam a Dignidade do Homem – ser distinto, que merece respeito em seus predicativos e que tem valores quase que intransigíveis¹⁷. E é essa idéia de solidariedade que, *prima facie*, impediria certas concessões sobre direito, *lato sensu*, à vida.

SANTO AGOSTINHO, no entanto, ao condenar o suicídio, estrutura seu raciocínio a partir de uma premissa de direito: se não há rei que permita a execução da pena de morte contra o culpado por iniciativa privada, sendo essa a hipótese de um homicídio, então quem tira a própria vida é um verdadeiro homicida. O teólogo estabelece, ainda, que a intensidade de censura ao ato é inversamente proporcional à dimensão de sua causa. “E é tanto mais culpado ao suicidar-se quanto mais inocente era a causa que o levou à morte”¹⁸. Não

16 BARYLKO, Jaime. *La sabiduría del Talmud*. Buenos Aires: Editorial Sigal, 1998, p. 85. Na *Mishné Torá* (משנה תורה), de Maimônides, há preceitos rigorosos para quem transgredir os mandamentos da *Torá*, inclusive com a determinação da pena de morte, mas com o especial ensinamento de preservar a vida. Cfr. MAIMÓNIDES. *Mishné Torá: o livro da sabedoria*. Rio de Janeiro: Imago, 1992. p. 136 e ss.

17 Dizemos “quase que intransigíveis” porque, como se verá adiante, uma ordem superior de interesses pode determinar a redução ou a relativização desses valores.

18 SANTO AGOSTINHO. *A cidade de Deus*, v. I. trad., ao português por J. Dias Pereira. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, liv. I, cap. XVII, p. 149.

há, pois, para SANTO AGOSTINHO, justificativa para o suicídio, nem mesmo para a preservação da honra e do pudor, quando recrimina o suicídio de LUCRÉCIA, estuprada pelo filho do rei TARQUÍNIO¹⁹. Ademais, considera que o suicida não goza de boa saúde mental, quando refere que

Todos os que contra si próprios perpetraram este crime, talvez sejam dignos de admiração pela sua fortaleza de ânimo, mas não devem ser louvados pela sanidade de sua razão. [...] Antes se reconhece neste caso um alma débil que não é capaz de suportar a dura servidão do seu corpo nem a estulta opinião do vulgo.²⁰

No entanto, SANTO AGOSTINHO não terá se insurgido contra a pena de morte, a qual é justificada pelo recurso ao princípio da razão do Estado, como facilmente se depreende ao referir que

Por isso não violaram o preceito *não matarás* os homens que, movidos por Deus, levaram a cabo guerras, ou os que, investidos de pública autoridade e respeitando a sua lei, isto é, por imperativo de uma razão justíssima, puniram com a morte os criminosos.²¹

Por muito tempo, aliás, perdurou um descompasso entre a essência filosófica do cristianismo e a atitude passiva da igreja católica.

B) Por uma outra perspectiva, a da ciência política, poderíamos dizer que certos direitos solidificaram-se no *corpus iuris* em meio a um constante diálogo entre o poder político e (as reivindicações do) o povo, em que sobressaía a barganha (de certas imposições e a contrapartida de certas concessões) de índole contratualista. Não se pode esquecer do lídimo exemplo do *habeas corpus*, que nasceu dessa tensão entre o poder absoluto, cada vez mais questionado por apaniguar os altos estratos sociais e o clero, e as exigências de um povo, cioso de suas liberdades e que buscava maiores garantias. De outro vértice, predominava nos países da Europa continental – e destaquemos aqui o velho Estado português – a figura do soberano magnânime, capaz de garantir a liberdade individual de quem estivesse sob ameaça de perdê-la com a Carta de Seguro: esse era o modelo de Estado centralizador e personificado na pessoa do soberano, cujos atos – alguns dos quais penetrando a esfera da liberdade pessoal,

19 Op. cit., liv. I, cap. XIX, p. 153 e ss.

20 Op. cit., liv. I, cap. XXII, p. 163.

21 Op. cit., liv. I, cap. XXI, p. 161.

como imaginara HOBBS, para o bem de todos – tinham por escopo garantir a *pax publica*, mas adequada às conveniências do poder político absoluto.

É esse diálogo, de regras predeterminadas e impostas verticalmente de cima para baixo, que atribuía ao soberano o direito sobre a vida e a morte. E que não podia ser tomado ao poder absoluto. Tanto é assim que a tentativa de suicídio era punida como crime, “[...] pois era um modo de usurpar o direito de morte que somente os soberanos, daqui debaixo ou do além, tinham o direito de exercer [...]”²². É também a necessidade de preservação da estabilidade e das instituições políticas que vão autorizar, no Código Filipino, a aplicação da pena de morte para quem cometesse, *v.g.*, o crime de Lesa Majestade (título VI); de dizer mal del-Rey (título VII); de abrir as cartas del-Rey ou da Rainha. Mais tarde, o Código Criminal do Império do Brasil viria prever a pena de morte por força (art. 38), impondo, no entanto, um ritual expressivo daquele diálogo travado entre o poder e o (dever-obedecer do) povo, já que “O réo, com o seu vestido ordnario, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até á força, acompanhado do juiz criminal do lugar onde estiver, com seu Escrivão e da força militar que se requisitar. Ao acompanhamento precederá o porteiro, lendo em voz alta a sentença que se fôr executar” (art. 40).

Uma tal concepção contratualista da pena de morte é, para BECCARIA, indefensável. Na sua pequena grande obra **Dos delitos e das penas**, o jusfilósofo de Milão admite a tese contratualista de formação do Estado, posto que “A soberania e as leis não são mais do que a soma das pequenas porções de liberdade que cada um cedeu à sociedade. Representam a vontade geral, resultado da união das vontades particulares”. Mas entende que a pena de morte entra em contradição com o contrato social, pois “quem já pensou em dar aos outros homens o *direito* de tirar-lhe a vida? Será o caso de supor que, no sacrificio que faz de uma pequena parte de sua liberdade, tenha cada indivíduo querido arriscar a própria existência, o mais precioso de todos os bens?”²³. E, avançando mais um pouco na sua refutação da tese de conciliação da pena de morte ao contrato social, BECCARIA pergunta: “Se assim fosse, como conciliar esse princípio com a máxima que proíbe o suicídio? Ou o homem tem direito de se matar, ou não pode ceder esse direito a outrem nem à sociedade inteira”²⁴.

22 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001. p. 130.

23 BECCARIA. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, s/d, § XVI, p. 91.

É o ponto de partida para que RADBRUCH manifeste, num primeiro momento, apoiando-se em KANT, que a pena de morte só poderia ser admitida, nesse Estado formado pelo contrato social, com o racional “assentimento do criminoso na sua própria morte”²⁵. Num segundo momento, concordando com BECCARIA e sublinhando o fato de que o criminoso, mesmo que considerado como simples *expressão racional*, jamais assentiria com sua morte, porque lhe faltaria interesse²⁶, refuta, de uma vez por todas, a legitimidade da pena de morte no Estado de concepção individualista (que considera o homem como ser individual). Contudo, admite que a pena capital pode ser melhor justificada numa construção jurídica supra-individualista, como foi preconizada no Estado fascista italiano.

Em suma, nessa área em que se abordou o problema, o direito sobre a vida (e morte) só poderá ser justificado, entendemos nós, apoiando-nos em RADBRUCH, por interesses supra-individuais (próprios a um organismo funcionalista e que, portanto, desconsidera o homem como ser individual), como o da preservação do Estado²⁷. Mas já teremos dúvidas em justificá-lo no Direito Penal, porque, por mais que consideremos o risco social que se corre com o fenômeno do crime, seu âmbito não se comparará aos riscos que um Estado enfrenta, v.g., numa guerra.

C) Não temos dúvida de que a deposição do *Ancien Régime* e sua substituição por um modelo de poder político definido como Estado de direito, já nos alvares do século XIX, concebido durante o iluminismo oitocentista, que se abeberou da experiência inglesa (com pelo menos mais de um século de vantagem), das teorias políticas de LOCKE e, mais tarde, da independência norte-americana, foi um importante divisor de águas na história política ocidental. E aquele modelo incipiente de Estado de direito, que recebeu tantos influxos do liberalismo, serviu de transição suave (diríamos, mesmo, sem grandes rupturas), para o Estado de direito material. Mas as diferenças são evidentes e sua compreensão importante para uma tentativa de solução aos problemas aqui propostos.

25 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução Cabral de Moncada, 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 328.

26 *Ibidem*, p. 330/331.

27 Veja-se bem que deixamos de fora a legítima defesa, porque ela não se constitui em decreto de morte, mas numa hipótese apenas concretizável daquele fato.

Como é sabido, no Estado de direito de feição liberal, houve a demarcação, de um lado, da esfera de liberdades dos cidadãos, de outro, da esfera de atuação do poder político, rompendo drasticamente com a prática política adotada no Estado do *Ancien Régime*. A propósito, CARL SCHMITT identifica dois princípios fundamentais inerentes ao que denomina de liberdade burguesa, e que bem expressam o Estado liberal: o princípio da distribuição, em que “la esfera de libertad del individuo se supone como un dato anterior al Estado, quedando la libertad del individuo *ilimitada en principio*, mientras que la facultad del Estado para invadirla *es limitada en principio*”; e o princípio da organização, que põe em prática o princípio da distribuição, segundo o qual “el poder del Estado (limitado en principio) se *divide* y se encierra en un sistema de competencias circunscritas”²⁸. Aquele princípio é representado pelos direitos fundamentais ou de liberdade, enquanto que este consiste na separação dos poderes. Em idêntico sentido, vai a lição de MAGALHÃES FILHO, ao ressaltar que “Durante a fase liberal do velho Estado de direito, predominou o individualismo, sendo afirmada a liberdade humana perante o Estado”. E, mais adiante, conclui: “Assim, o ente estatal deveria recuar diante da esfera de liberdade de cada um, assegurando apenas a ordem e a segurança, ou simplesmente a não-interferência da liberdade de um na liberdade do outro”²⁹.

É em meio a esse caudal do ideário liberal que MILL vai produzir o pequeno grande livro **On Liberty**. Em seu trabalho capital, o filósofo do liberalismo tenta estabelecer alguns dos fundamentos da natureza humana, que confere ao Homem a individualidade e a diversidade. Seu desenvolvimento – do Homem, como ser individual – processa-se de acordo com as forças interiores, sendo essa uma das razões para que o reconhecimento de sua dignidade passe pelo respeito à liberdade de consciência e de expressão. Afirma, ainda, que há uma esfera de liberdade que deve ser respeitada e que é reconhecida, *tout court*, naqueles atos que não provoquem danos a terceiros (e que é, em nosso entender, essencial para a autodeterminação e o aperfeiçoamento do Homem). Leiamos-lo em suas próprias palavras:

28 SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, trad. castelhana de Francisco Ayala. Madri: Alianza Editorial, 1982, p. 138. (os grifos são do original). Sobre a matéria, cfr. uma análise mais detida em nosso *Habeas corpus: crítica e perspectivas* (um contributo para o entendimento da liberdade e sua garantia à luz do Direito constitucional), 2ª ed. revista e ampliada. Curitiba: Juruá, 2001. *maxime* p 51/90.

29 MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 118.

Acts, of whatever kind, which without justifiable cause do harm to others, may be, and in the more important cases absolutely require to be, controlled by the unfavorable sentiments, and, when needful, by the active interference of mankind. The liberty of the individual must be thus far limited; he must not make himself a nuisance to other people. But if he refrains from molesting others in what concerns them, and merely acts according to his own inclination and judgement in things which concern himself, the same reasons which show that opinion should be free, prove also that should be allowed, without molestation, to carry his opinions into practice at his own cost³⁰.

A demarcação desses âmbitos de atuação não é, contudo, suficiente para se propiciar o desenvolvimento do Homem – de cada homem, como ser individual e dotado de especial dignidade. Não bastam ao Homem, como ser político, os direitos de liberdade, que vão constituir a esfera de liberdade negativa, ou seja, aquela esfera de não interferência estatal: o desenvolvimento do Homem requererá meios adequados para o gozo das liberdades: requererá garantias para a autopromoção, que ISAIAH BERLIN chamou, em seu **Two concepts of liberty**, de liberdade positiva. Esquemáticamente, a primeira zona de liberdade (negativa) pode ser denominada “liberdade de” (*liberty from*), ou seja, liberdade em relação a algo, de deliberar-se sobre algum objeto, pertencente à norma jurídica ou não. A segunda zona de liberdade (positiva) é denominada “liberdade para” (*liberty to*), ou seja, liberdade para a auto-realização, para se traçar um projeto de vida.

Essas duas zonas complementárias, como facilmente se depreende, formam o modelo de *Welfare State*, dominante em boa parte da Europa e que serviu de inspiração para a nossa Constituição de 1988. E é na busca do bem-estar social que se opera a transição do Estado de direito formal para o Estado de direito material. Nesse Estado, já não será suficiente a declaração do princípio da igualdade, mas deverá ser alcançada uma igualdade material por uma catalogação mais extensa de direitos fundamentais, incluindo os de índole social e os difusos.

No segundo pós-guerra mundial, há como que um retorno humanístico, sem dúvida alguma de índole jusnaturalista, na normatização da nova ordem

30 MILL, John Stuart. On liberty. In *Man & the State: the political philosophers*. Nova Iorque: Washington Square Press, 1966. p. 194.

mundial, expresso enfaticamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem que, no seu art. 1º, declara “que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, aí reconhecendo o princípio da dignidade da pessoa humana. Logo após, a Lei Fundamental da Alemanha Federal (1949) vai positivizar este princípio já no seu art. 1º, repetindo as idéias fundamentais da natureza humana, que se fincam no tripé da dignidade, liberdade e igualdade. Aliás, estes dois valores estão intrinsecamente ligados à dignidade da pessoa humana³¹, de todos os homens portanto, sendo essenciais ao livre desenvolvimento de sua personalidade e ao seu aperfeiçoamento.

É claro que o Estado que tenha em consideração o Homem como ser individual e, pois, que eleja o princípio da dignidade da pessoa humana como fonte ética dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo, conferindo-lhes unidade e coerência filosófica, não poderá ater-se a um modelo de pureza científica kelseniano, que se radica numa abstrata *Grundnorm*. É por isso que, ao tratar da força normativa da Constituição, HESSE propugnava a procura de valores não só nas bases puramente políticas e sociais. Para esse autor, a Constituição devia também expressar a “situação espiritual” da época. Assim se referiu o constitucionalista:

La Constitución – aquí en el sentido de “constitución jurídica” – no puede tratar de construir el Estado de modo por así decir teórico-abstracto, sin consideración a las circunstancias y fuerzas históricas, si no quiere permanecer “eternamente estéril”. La Constitución no es capaz de engendrar nada que no se halle ya en la disposición individual del presente. Donde estos presupuestos faltan, la Constitución no puede dar “forma y modificación”; donde no es posible despertar ninguna fuerza asentada en la naturaleza de las cosas, no es posible tampoco orientar dicha fuerza; donde la Constitución ignora las leyes espirituales, sociales, políticas o económicas de su época, carecerá del germen imprescindible de fuerza vital, siendo incapaz de hacer que llegue a producirse el estado que norma en contradicción con dichas leyes³².

Essa condição harmonizadora que deve representar a Constituição – e

31 Cfr. MARTÍNEZ, Miguel Angel Alegre. *La dignidade de la persona como fundamento del ordenamento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996. p. 19.

32 HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*, trad. ao espanhol por Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 65.

que se vai projetar num *corpus iuris* harmonioso – só será alcançada por meio da correta leitura dos valores axiológicos mais representativos da comunidade e que no mundo ocidental será identificado nos traços da cultura de raiz judaico-cristã. Daí que se podem nos dizer respeito, v.g., os valores da fraternidade, harmonia social (preâmbulo da CR) e a promoção de todos sem discriminações (art. 3º, IV, CR).

Com essas idéias básicas, podemos já afirmar que durante a vigência do Estado de feição liberal não seria lícita a intervenção estatal ao ponto de punir-se a tentativa de suicídio, porque invadiria uma competência que não lhe diria respeito. Pelo mesmo motivo, ou seja, devido ao princípio de não interferência à autodeterminação pessoal, é punido o induzimento ou o auxílio ao suicídio, embora o bem jurídico aí tutelado pelo Direito Penal seja a vida (art. 122, CP).

Já nos Estados democráticos sociais que se arrimaram no princípio da dignidade da pessoa humana, a missão de respeito ao bem jurídico vida é mais ampla, porque jungida à idéia de inalienabilidade da dignidade, ao ponto de repelir-se uma posição funcionalista em torno desse bem jurídico, não se fazendo concessões à pena de morte. No entanto, há situações críticas em que a ponderação de certas circunstâncias será condescendente com a abreviação da vida. E será a hora de tentarmos uma resposta ao último problema aqui proposto: haverá graus de dignidade?

4. A opinião de GOETHE vai no sentido de considerar indigna uma condição de vida enfraquecida por males físicos ou morais e que só deve ser sustentada se ela rouba as forças (ou a coragem) da pessoa para o cometimento do ato final. Por outras palavras, o suicídio, antes de configurar um ato indigno, será uma maneira corajosa e, pois, digna de o homem por termo à vida: não tendo, dessa forma, o significado de negação da dignidade. Pelo contrário: seria a sua afirmação. Mas qual a posição a ser adotada pelo *corpus iuris* fundado no princípio da dignidade da pessoa humana?

Ao tratar dos valores e princípios que dão corpo a um sistema jurídico, FERREIRA DA CUNHA destaca a vida como pressuposto ou fundamento dos valores, referindo:

Para cada pessoa individualmente considerada, a vida é, sem dúvida, pressuposto de efectiva imputação de direitos e deveres, e de compreensão e acção conforme os valores.

Para a sociedade em geral, a vida de qualquer dos seus membros, ainda que apenas potencial, é um valor, e é, se não o valor primeiro, ao qual se devem em princípio sacrificar os outros, pelo menos um dos primeiros³³.

E, mais adiante, ao tratar da aparente antinomia entre vida e dignidade, quando aquele bem jurídico é posto em causa, ressalta que o suicídio pode ser a única forma de manter... a dignidade³⁴. Do que conclui estar a dignidade acima do valor vida, erigindo-se em forma de uma verdadeira *Grundnorm*³⁵. Da forma como a situação é-nos colocada, será fácil concluirmos que:

a) um *corpus iuris* fundado no respeito à dignidade da pessoa humana não punirá a tentativa do suicídio, porque é ato que está dentro da esfera de liberdade da pessoa e, pois, expressão de sua dignidade (já para não falarmos de questões mais pragmáticas aliadas à política criminal e de criminologia, pois que a punição de quem tentou o suicídio não alcançará os objetivos do Direito Penal – prevenção geral e especial -, além de que o ato não é fonte criminógena, não carecendo de intervenção penal);

b) por respeito à dignidade da pessoa humana e ao valor dos valores – a vida –, que se constitui em explicitação de 1º grau da idéia de dignidade³⁶, não se punirá qualquer ato tendente a impedir o suicídio, mesmo que violento (art. 146, § 3º, II, CP); e

c) não existe, no caso em apreço, a hierarquização de graus diferentes de dignidade mas, tão-somente, a ponderação entre o bem jurídico vida e a condição da dignidade (que, salientamos, se considera uma categoria ontológica, que transcende às contingências da existência –as mais variadas –, porque é atributo incondicional de todos os homens e de cada homem, estabelecendo-se segundo as diretivas de igualdade e de universalidade. Não há, pois, graus de dignidade).

33 CUNHA, Paulo Ferreira da, op. cit., p. 211.

34 Ibidem, pp. 211/212.

35 Ibidem, ibidem.

36 VIEIRA DE ANDRADE refere que há bens jurídicos que exercem um apelo mais forte num modelo de Constituição democrática e que se constituem em “explicitações de 1º grau da idéia de dignidade”. Daí que se considere coerente a tutela da vida e da liberdade física ou de consciência. Cfr. ANDRADE. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1983. p. 102.

Mas o respeito à dignidade não é exigido apenas nas relações interpessoais: é, na organização de um Estado de direito material, ponto essencial no trato do poder político para com o cidadão. Não é por outro motivo que o art. 1º, n.º 1, da Constituição da Alemanha Federal, de 1949, prescreve que “A dignidade do homem é inviolável. Constitui obrigação de todas as autoridades do Estado o seu respeito e proteção”. Vai no mesmo sentido o art. 19º, n. 2, da Constituição da República Democrática Alemã, ao estabelecer que “O respeito e a proteção da dignidade da pessoa são comandos que se impõem a todos os órgãos do Estado, a todas as forças sociais e a todos os cidadãos”. A Constituição espanhola (1978), que também abrigou o princípio, deixa implícito que seu respeito compete aos cidadãos e ao poder político, quando, no art. 10, n.º 1, menciona que “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhes são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”.

A Constituição portuguesa (1976) estabeleceu um sistema de direitos e garantias fundamentais presidido pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que vai prescrito em posição de destaque já no seu art. 1º. E obedecendo uma linha filosófica metódica e coerente, que se denota pela ordem do estabelecimento dos princípios fundamentais que dão contorno aos direitos e deveres fundamentais em lugar que antecede aos direitos, às liberdades e garantias. Este capítulo – dos direitos, das liberdades e garantias (I, do título II) – é aberto pela descrição do direito à vida (art. 24º), decorrente do bem jurídico, afinal, primeiro. Sob esse aspecto de importância que ele é tratado, de forma a explicitar seus vínculos com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, o n.º 1 do referido artigo estipula que “A vida humana é inviolável” e o n.º 2 que “Em caso algum haverá pena de morte”.

A nossa Constituição (1988) insere-se nesse novo modelo de ordem política democrático-social, fundando-se nas aspirações humanísticas de valorização e respeito do Homem – não como mero *homo juridicus*, ideal ou, pior, ideologizado segundo as tendências funcionalistas que tanto causam temor a um CASTANHEIRA NEVES, mas como ser individual e com valores irrenunciáveis próprios do que se pode chamar de natureza humana. É por isso que recepciona o princípio da dignidade da pessoa humana que, tal como na Constituição portuguesa, ocupa lugar de destaque, no art. 1º, III. São, ainda, aqueles princípios humanísticos de consideração do Homem, que fazem rechaçar de nosso *corpus iuris* as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis. No entanto, a Constituição abre uma brecha – uma con-

cessão, vamos dizer assim – à pena de morte, admitindo-a nos casos de guerra declarada (art. 5º, XLVII, “a”) e, ao que parece, abandonando, ao menos nesse caso específico, um dos vínculos com o princípio da dignidade da pessoa humana: o princípio da igualdade. Expondo de forma mais clara, o criminoso de guerra que, v.g., abandonar seu posto ou desertar estará sujeito à pena de morte, enquanto que o criminoso comum, que tirou a vida de uma ou várias pessoas, estará sujeito à pena que não excede a trinta anos de reclusão. O que significa isso? O criminoso de guerra terá menos dignidade que o criminoso comum? Parece-nos que não, ao menos no plano ontológico. Apenas o constituinte fez uma concessão de caráter iminentemente funcionalista, deixando implícita a primazia do Estado sobre o Homem como ser individual.

Mas alguém objetará nossa posição referindo que o poder político faz inúmeras outras concessões que agridem diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana, v.g., quando permite a restrição da liberdade sem culpa formada. E não poderemos simplesmente discordar disso. O Estado tem, sim, de assumir certas posições que violam a ordem de valores ontológicos em nome da segurança pública, da ordem pública, enfim, para preservar o mínimo de *pax publica*. Mas deverá eleger tais posições segundo os critérios de necessidade e de ponderação. Daí que se nos pareçam razoáveis e necessárias as medidas de restrição da liberdade, inclusive as cautelares, enquanto que o bem jurídico vida deveria ocupar lugar cimeiro e intransigível.

**APAGÃO EM FLORIANÓPOLIS E DESDOBRAMENTOS
JURÍDICOS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO
CONDENATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE
NÃO FAZER EM FACE DE CONCESSIONÁRIA DE
ENERGIA ELÉTRICA E AGÊNCIA REGULADORA PELA
INTERRUPÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA**

Marcelo de Tarso Zanellato

ÍNDICE - TÓPICOS DA INICIAL

1 PRÓLOGO E OBJETO DA AÇÃO

2 FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

2.1 Histórico - Da emenda termo-contrátil realizada nas galerias da Ponte Colombo Machado Salles e do incêndio/explosão ali ocorrido.

2.2 Dos desdobramentos do incêndio/explosão ocasionado pela operação de emenda – Florianópolis às escuras por 55 horas.

2.3 Do restabelecimento do fornecimento de energia elétrica e investigações para a

apuração das causas – responsabilidade da CELESC

2.3.1 Do Laudo Pericial da Delegacia Regional do Trabalho em Santa Catarina

2.3.2 Do Laudo Pericial do Corpo de Bombeiros

2.3.3 Do Relatório de Fiscalização elaborado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL

2.3.3.1 Inobservância das normas e procedimentos adequados

2.3.3.1.1 Do não uso dos equipamentos necessários e inobservância dos procedimentos obrigatórios para a operação

2.3.3.1.2 Da inexistência de um plano prévio de trabalho

2.3.3.1.3 Da falta de treinamento para a execução do serviço daquela natureza

2.3.3.2 Da ausência de um plano de emergência e do reiterado descaso com a segurança

2.3.3.2.1 Da ausência de um plano de emergência – omissão da CELESC

2.3.3.2.2 Da ausência de seguro das linhas de transmissão

2.3.3.2.3 Da infração às normas de segurança constatadas em relatórios de fiscalização anteriores

2.3.3.3 Do conhecimento da vulnerabilidade do sistema

2.4 Da responsabilidade da ANEEL – legitimidade passiva

2.5 Da responsabilidade civil - requisitos e ônus probatório

2.6 Natureza da tutela perseguida

2.6.1 Tutela reparatória

2.6.1.1 Condenação em valor predeterminado x condenação genérica

2.6.1.2 Antecipação de tutela (parcial) indenizatória – pagamento de valor predeterminado

2.6.1.3 Indenização por danos morais

2.6.2 Tutela Preventiva – antecipação de tutela

2.6.2.1 Construção da subestação Mauro Ramos e interligação da subestação Ilha Centro com a Subestação Trindade – fechamento da rede em anel

2.6.2.2 Treinamento para aperfeiçoamento de pessoal

2.6.2.3 Elaboração de plano de emergência

2.6.2.4 Contratação de seguro das linhas de transmissão

2.6.2.5 Monitoramento por câmeras de vídeo do acesso às galerias da ponte Colombo Machado Salles e outras medidas protetivas

3 REVERSÃO DA MULTA IMPOSTA PELA ANEEL A CELESC

3.1 Da Inconstitucionalidade Formal do art. 1º da Resolução nº 459/2003, com a alteração procedida pelo art. 1º da Resolução Normativa nº 46/04, ambas da ANEEL

3.2 Da Inconstitucionalidade Material do art. 1º da Resolução nº 459/2003, com a alteração procedida pelo art. 1º da Resolução Normativa nº 46/04, ambas da ANEEL

4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

5 PEDIDOS AFETOS À ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE FLORIANÓPOLIS EM SANTA CATARINA

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA e o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, por seus respectivos órgãos de execução, com fundamento no art. 129, III, da Constituição Federal; art. 25, IV, “a” da Lei 8.625/93; art. 5º, caput e § 3º e art. 12, ambos da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/85; art. 81, art. 82, I e art. 84, todos do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90, propõem a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

em face das **CENTRAIS ELÉTRICAS DE SANTA CATARINA S/A – CELESC**, pessoa jurídica de direito privado, Concessionária da Exploração do Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica para o Estado de Santa Catarina, na pessoa de seu Presidente, Carlos Rodolfo Schneider, com sede na Avenida Itamarati, 160, Itacorubi, Florianópolis SC, CNPJ nº 83.878.892/0001-55 e da

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL, Autarquia Especial integrante da Administração Pública Federal Indireta, vinculada ao Ministério das Comunicações, na pessoa de seu Diretor-Presidente, José Mario de Miranda Abdo, com sede na SGAN, Quadra 603, Módulos “I” e “J”, Brasília DF, CEP 70880-030, pelos fatos e fundamentos que passam a expor:

1 PRÓLOGO E OBJETO DA AÇÃO

No dia 29 de outubro de 2003, por volta das 13h15min, foi interrompida a distribuição de energia elétrica da capital catarinense devido a um incêndio/explosão ocorrido na galeria situada no interior da ponte Colombo Machado Salles, por onde passam os dois únicos sistemas de distribuição de energia elétrica para a ilha, no momento em que uma equipe de funcionários das Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A - CELESC estava realizando uma emenda termocontrátil em um dos circuitos de média tensão que possibilita o remanejamento de carga

entre as subestações que fornecem energia elétrica à Ilha de Santa Catarina.

Esse evento, que deixou às escuras e levou ao caos a porção insular de Florianópolis por cerca de 55 horas, segundo informações da própria CELESC (doc. 1) afetou 135.432 (cento e trinta e cinco mil quatrocentos e trinta e duas) unidades consumidoras de energia elétrica, ou seja, 79,5% dos consumidores de Florianópolis, os quais suportaram vultosos prejuízos de ordem patrimonial e extrapatrimonial, danos esses que ora se busca judicialmente a reparação, juntamente com a pretensa imposição de obrigações de fazer às Rés com o objetivo de evitar a repetição de eventos similares, uma vez que as tratativas extrajudiciais não lograram o êxito pretendido.

2 FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

2.1 Histórico - Da emenda termocontrátil realizada nas galerias da Ponte Colombo Machado Salles e do incêndio/explosão ali ocorrido.

Naquele dia (29/10/03), anteriormente aos fatos, uma equipe de técnicos da CELESC foi designada por intermédio da Ordem de Serviço nº 2814/03 (doc. 2) – que estranhamente só foi disponibilizada dias após a ocorrência do evento – para efetuar emendas em um cabo isolado de alumínio, de 400mm², de um dos alimentadores de 13,8Kv (CQS-12), que havia sido recém instalado na Ponte Colombo Machado Salles, em substituição ao cabo até então existente que foi danificado por uma descarga atmosférica em março de 2003, a qual causou danos ao seu isolamento elétrico.

A equipe era composta pelos seguintes funcionários da empresa: Mário César de Matos, Sydney Vasques, João Terba dos Santos, Evaldo Rocha Floriano e Jacques W. Naschenweng.

Tornou-se necessária, dessa forma, a realização de três operações distintas e sucessivas de emendas do cabo para a sua reposição. A tarefa desenvolvida pela equipe de técnicos naquela oportunidade, portanto, consistia justamente na realização dessas três emendas termocontráteis¹ **no novo cabo, possibilitando a sua posterior energização.**

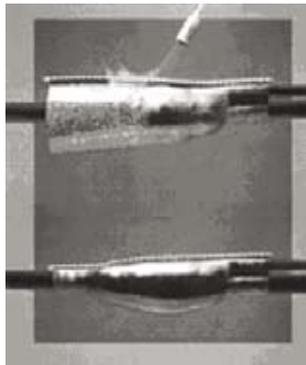
Note-se que não havia uma escala detalhada de serviço, organização e planejamento dos trabalhos a serem executados, muito menos um plano de

emergência para a hipótese de algo sair em desconformidade ao planejado.

Dessa forma, para facilitar a compreensão dos fatos, pode-se afirmar que a execução do serviço foi dividida em duas etapas. Na primeira delas, de reposição do cabo, foram realizadas duas emendas fora da galeria da Ponte Colombo Machado Sales, nas quais foi utilizado um soprador térmico para a “solda” do cabo, o qual foi alimentado em 220V por extensão elétrica ligada a um gerador posicionado no solo, tendo a operação sido realizada com sucesso pela equipe.

Já a segunda etapa, referente à última emenda destinada a finalizar a operação, foi realizada no interior da galeria da ponte. Como a equipe não conseguiu levar mencionado soprador térmico em virtude do espaço reduzido do túnel de acesso à aludida galeria², os técnicos optaram por levar um maçarico alimentado por GLP (Gás Liquefeito de Petróleo), vulgarmente denominado “liquinho”, com a finalidade de efetuar a “solda” daquela última emenda ~~termocontrátil.~~

- 1 Vê-se, abaixo, uma imagem ilustrativa de uma emenda termocontrátil GBDT da empresa Power System Inc.
- 2 Como se pode verificar da foto abaixo, tirada no local:



À guisa de esclarecimento, a operação de emenda termocontrátil consistia no aquecimento de quatro tubos de material termocontrátil, os quais são colocados um a um, sucessivamente, sobre a emenda dos segmentos do cabo a ser unido e aquecido até que, devido a sua retração operada pelo calor fornecido por uma fonte externa, operem a união dos segmentos do cabo³.

De acordo com as declarações dos funcionários prestadas ao Ministério Público na presença de seus advogados (doc. 3/7), ao Corpo de Bombeiros e a própria CELESC⁴, os procedimentos para realização dessa última emenda termocontrátil (segunda etapa), ocorrida no interior da galeria, iniciaram-se sem maiores dificuldades, tendo sido efetuado com sucesso o aquecimento dos dois primeiros tubos daquela emenda, estando os funcionários Sydney Vasques e Jacques W. Naschenweng segurando os segmentos do cabo a ser unido, enquanto o funcionário Evaldo Rocha Florianos efetuava movimentos rítmicos com a chama do maçarico, o qual estava regulado para apresentar uma chama de coloração vermelha para efetuar essa atividade.

Quando o funcionário Evaldo Rocha Florianos efetuava o aquecimento da terceira camada da emenda termocontrátil, surgiu, segundo suas declarações (p. 3 do doc.6), “o fogo do lado esquerdo do depoente” “de baixo para cima” “ente os cabos e a parede” e que o fogo “parecia uma bola”.

A reação instintiva de Evaldo Rocha Florianos, segundo consta, foi a de alertar seus companheiros ao gritar: “*vai explodir*” (p. 5 do doc. 6). Nesse momento tanto Evaldo quanto os demais funcionários empreenderam fuga, tendo nesse processo abandonado o “liquinho” aceso no local em que estavam trabalhando.

No processo de fuga, Evaldo Rocha Floriano acabou encontrando Jaques W. Naschweng em uma das aberturas que divide as galerias da ponte onde estavam, tendo ambos concordado que deveriam retornar ao local do incêndio para que fizessem alguma coisa, já que concluíram que “*a Ilha poderia ficar no escuro*”. No entanto, no momento em que olharam pela abertura da galeria, verificaram que o fogo havia aumentado e que nada poderiam fazer - notadamente porque não haviam levado extintor de incêndio para o local.

Nesse momento os funcionários Mário César de Matos e João Terba dos Santos vinham da direção da Ilha de Santa Catarina, tendo o funcionário Evaldo

3 Como demonstrado na nota de rodapé nº 1.

4 Docs. juntados na seqüência da petição.

Rocha Floriano e Jaques W. Naschweng alertado-os do incêndio, orientando-os que corresse pois iria explodir.

Em seguida, a fumaça produzida pelo incêndio e o risco de curto-circuito no local fez Evaldo Rocha Floriano e Jaques W. Naschweng saltarem da ponte por um buraco estreito de 60cm de diâmetro localizado em outra galeria, a uma altura de cerca de 12m do pilar da ponte, onde caíram antes de escorregar para as águas da Baía Sul, até serem resgatados pelos Bombeiros após 1h15min.

2.2 Dos desdobramentos do incêndio/explosão ocasionado pela operação de emenda – Florianópolis às escuras por 55 horas.

O incêndio transformou em realidade uma das maiores preocupações dos engenheiros elétricos da CELESC: a interrupção do fornecimento de energia elétrica na capital catarinense, devido a fragilidades do sistema de distribuição de energia elétrica, que, por não estar fechado em anel (interligado), corria o risco de ter a sua distribuição totalmente interrompida, em face da impossibilidade de transferência da carga da Subestação (SE) Ilha Centro para a subestação Trindade (ou vice-versa), caso ocorresse qualquer anomalia nas linhas de transmissão da SE Coqueiros para a SE Ilha Cento⁵.

As conseqüências do incêndio/explosão que causou a interrupção do serviço de fornecimento de energia elétrica foram aquelas já previstas pela CELESC e cuja ciência da ANEEL era inequívoca - a interrupção no fornecimento de energia elétrica a 79,5% população de Florianópolis, atingindo a totalidade dos consumidores localizados na porção insular da capital catarinense.

Na realidade, duas foram as interrupções no fornecimento de energia, já que a primeira, iniciada às 13h 30min do dia 29/10/03 perdurou até às 20h 30min do dia 31/10/03 (cerca de 55h), e a segunda se deu das 19h 30min até às 23h do dia 1º de novembro (cerca de 3h 30min.).

As imagens da Ilha de Santa Catarina na noite de 29 de outubro de 2003 e após o “apagão” demonstram de forma dramática as conseqüências desse evento:

5 O funcionamento do sistema e seu fechamento em anel poderão ser mais bem compreendidos pela leitura do tópico 2.3.3.3. abaixo.



Nas cinquenta e cinco horas seguintes ao início de blecaute a Ilha de Santa Catarina viu-se imersa no caos generalizado que seguiu as trevas oriundas da falta de luz: serviços públicos inoperantes, falta de abastecimento de água, segurança e necessidades básicas comprometidas, trânsito caótico, hospitais em regime de emergência, prejuízos no comércio, transtornos para os turistas que visitam Florianópolis nos dias em que seriam realizados dois eventos internacionais – um campeonato de surf e uma feira de telecomunicações; enfim todos os transtornos decorrentes da impossibilidade de realização das mais corriqueiras tarefas do dia-a-dia, cuja execução ficou absolutamente comprometida pela total ausência de energia elétrica.

Não foi por outro motivo que a prefeita municipal de Florianópolis, por via do Decreto nº 2.067/2003 (doc. 8 e 8A), decretou “**estado de emergência no Município de Florianópolis**”, cujos “considerandos” abaixo transcritos, extraídos do aludido Decreto, dão mostras da situação crítica vivenciada naquela ocasião:

[...]

Considerando que o acidente provocou “blackout” no

abastecimento de energia elétrica na parte insular da Ilha, culminando com suspensão de serviços essenciais à comunidade florianopolitana, tais como: congestionamentos no trânsito e tendo como consequência afetado o Sistema de Transporte Coletivo, atendimento nos hospitais, centros de saúde, escolas, comércio e serviços, abastecimento de água e, ainda, em decorrência a suspensão dos serviços nos órgãos públicos;

Considerando que os serviços atingidos, os danos provocados, bem como, os prejuízos causados são de grande monta e incalculáveis colocando em risco a população do Município de Florianópolis:

[...]

Os jornais estaduais que circularam nos dias do “apagão” detalham não apenas o caos acima retratado, mas também perplexidade, angústia e sofrimento dos catarinenses e turistas que se encontravam na Ilha de Santa Catarina naqueles dias, sem saber ao certo quando o serviço de fornecimento de energia elétrica seria restabelecido e, por consequência, a ordem restaurada.

É o que se pode observar de notícias jornalísticas que constam do incluso CD, produzido pela ELETROSUL (doc. 8B), bem como das reportagens publicadas no *Jornal A Notícia* que circulou nos dias 30 de outubro a 1º de novembro de 2003⁶:

Explosão provocada por um botijão de gás de um aparelho de solda rompeu um cabo de transmissão de energia elétrica sob a ponte Colombo Salles, às 13h16 de ontem, e deixou a Ilha de Santa Catarina sem energia. **A interrupção transformou em caos a vida na parte insular de Florianópolis, com um congestionamento completo do trânsito, fechamento do comércio e paralisação dos serviços públicos.** Até o fechamento desta edição, às 23 horas, a energia ainda não havia sido restabelecida. A previsão mais otimista é de que o abastecimento seja normalizado a partir das 6 horas de hoje, mas é provável que a energia não seja restabelecida antes das 12 horas. No final da tarde de ontem foi iniciada uma operação para instalar um cabo aéreo, fixado entre os guard rails

6 A Notícia Empresa Jornalística S/A.

das pontes Colombo Salles e Pedro Ivo Campos, até que o novo cabo chegue de São Paulo.

O acidente ocorreu durante uma operação de manutenção dos cabos de energia elétrica. **Dois funcionários da Celesc escaparam do fogo atirando-se ao mar, mas foram resgatados e passam bem. Estudantes e trabalhadores foram dispensados a partir do meio da tarde para evitar maiores transtornos no trânsito. Mas mesmo assim** foi impossível evitar que o tráfego de automóveis ficasse completamente congestionado. A situação ficou ainda pior a partir das 17 horas, quando duas pistas da ponte Colombo Salles, que dá acesso ao Continente, foram fechadas. A medida foi tomada porque o calor no local do incêndio rompeu o asfalto da pista. **Até as 19 horas, os bombeiros não haviam conseguido chegar ao local da explosão e fazer uma avaliação da extensão do problema e havia ainda muita fumaça sendo expelida.**

A prefeita Ângela Amin, que estava ontem em São Paulo recebendo um prêmio pela receptividade de Florianópolis no segmento de turismo, disse que determinou aos órgãos de segurança que fizessem um esforço concentrado para garantir a integridade da população. A Prefeitura, o governo do Estado e a Assembléia Legislativa decretaram ponto facultativo para hoje. (sem grifos no original)

SEGURANÇA

A Polícia Militar destacou policiais para o controle do tráfego em pelo menos cem cruzamentos em Florianópolis, já que os semáforos estavam desligados. No túnel Antonieta de Barros, no Saco dos Limões, o sistema de circulação de ar não foi suficiente para dar vazão ao gás carbônico expelido pelos automóveis e algumas pessoas passaram mal. Para evitar o caos nos hospitais, a Defesa Civil do município providenciou ligações alternativas de água e monitorou o abastecimento de combustível para os geradores de energia elétrica. No Complexo Penitenciário da Trindade, onde há uma população carcerária de 1,2 mil detentos, foi reforçado o policiamento e os presos foram recolhido mais cedo às celas.

Os telefones celulares começaram a sofrer problemas já no início da tarde. Já os telefones fixos, segundo a Brasil

Telecom, não devem ser atingidos pelo blecaute porque as subestações possuem uma autonomia de 24 horas sem abastecimento de energia elétrica.

O Exército ficou de sobreaviso para qualquer emergência na noite de ontem. Segundo o superintendente do Aeroporto Hercílio Luz, Benigno Matias de Almeida, não houve interrupção dos serviços, porque eles possuem um gerador para garantir a iluminação da pista.(Jeferson Lima, com colaboração de Carla Pessotto) (sem grifos no original)

TRÂNSITO SÓ FUNCIONOU COM A AJUDA DA PM

Semáforos desativados, aglomeração de pessoas, alteração nas direções de tráfego, congestionamentos, ânimos exaltados dos motoristas, pistas escorregadias por causa da chuva. Assim pode ser descrito o trânsito na ilha na tarde de ontem por conta do blecaute. A confusão nas ruas de uma das capitais com maior número de carros por habitante começou logo depois do acidente que interrompeu a transmissão de energia elétrica. **Um dos momentos mais críticos foi no final da tarde, quando a frota de veículos particulares e ônibus teve de passar por um afunilamento no acesso à Ponte Colombo Sales. O motorista, no entanto, teve de ter paciência durante toda a tarde à medida em que as instituições de ensino e repartições públicas foram interrompendo os trabalhos e liberando alunos e funcionários. Com o cair da noite aumentou a preocupação com a segurança. O comando da Polícia Militar se reuniu algumas vezes e uma das primeiras medidas foi reforçar o efetivo da Capital com homens do Batalhão de Operações Especiais (BOE) do 7º Batalhão, de São José.**

Durante a tarde, porém, vários trechos acabaram ficando sem policiamento por conta da transferência de guarnições para os mais de cem cruzamentos que ficaram sem energia elétrica e para alguns trechos considerados mais críticos, como as entradas das favelas. Uma das alterações feitas no trânsito da Capital foi a interdição do túnel Antonieta de Barros, que dá acesso ao Sul da Ilha. Os túneis vão continuar fechados hoje. Por conta da lentidão no trânsito, os condutores começaram a descer de seus veículos

e deixar o motor ligado. Por causa do gás, monóxido de carbono, algumas pessoas acabaram ficando intoxicadas - algumas desmaiaram e precisaram receber atendimento dos bombeiros. O fluxo de carros foi então desviado para ruas secundárias.

Outra medida adotada durante a tarde foi o fechamento de duas pistas da ponte Colombo Salles, para o tráfego de veículos, e facilitar a locomoção de pedestres que precisassem ir para o continente e não quisessem ficar na fila esperando um ônibus já que o transporte coletivo também foi bastante prejudicado. Também duas pistas da Pedro Ivo, que faz a ligação continente-ilha, foram alteradas para a mão inversa de direção e dar fluxo de volta ao continente. O tráfego começou a ser normalizado por volta das 19h30. (Fabiana de Liz) (sem grifos no original)

HOSPITAIS IMPROVISAM

O clima de improviso tomou conta dos estabelecimentos hospitalares de Florianópolis. Os hospitais foram os principais atingidos e obrigados a adotarem medidas emergenciais para superar a falta de energia elétrica. No Hospital Infantil Joana de Gusmão, a direção estava preocupada com o estoque de alimentos. O motivo maior de preocupação era que o gerador seria utilizado somente para as áreas de emergência, UTI, berçário e UTI neonatal.

No final da tarde de ontem, no meio de uma grande correria, a direção do hospital acabou transferindo o estoque de alimentos perecíveis para outros hospitais da cidade. O Hospital Universitário também teve que adotar medidas urgentes.

Conforme o diretor-geral Fernando Osni Machado foi preciso chamar um técnico de Curitiba para passar a noite no local e acompanhar o funcionamento do gerador. O equipamento não havia sido testado para funcionar por mais de quatro horas, por isso, há o temor que possa dar pane no gerador durante a madrugada. O hospital suspendeu todas as cirurgias à tarde e o gerador vai manter apenas UTI, um elevador, o centro cirúrgico e iluminação básica.

Depois das 22 horas, a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (Casan) anunciou que vai disponibilizar, hoje, três caminhões-pipa com água potável para atendi-

mento emergencial nos hospitais, creches e asilos. (sem grifos no original)

Instruem esta inicial um CD (doc. 9), um DVD (doc. 9A) e uma fita VHS (doc. 9B), todos com idêntico e esclarecedor conteúdo, pois deles constam algumas imagens da angustiante situação vivenciada pela população no desenrolar dos fatos, além de reportagens jornalísticas (locais, estaduais e nacionais) noticiando o evento e seus reflexos, inclusive com demonstrações da atividade desenvolvida pelos funcionários da CELESC que deu causa à ocorrência e da vulnerabilidade

As fotografias e vídeos encontrados e encontra acima descrito:



2.3 Do restabelecimento do fornecimento de energia elétrica e investigações para a apuração das causas - responsabilidade da CELESC

Após dias de trabalho da equipe composta por técnicos da CELESC, da Eletrosul e de outras Concessionárias de Energia Elétrica, que embora de forma precária, construíram uma linha provisória paralela à linha de distribuição de energia danificada, finalmente foi restabelecido o fornecimento de energia elétrica aos milhares de atingidos pelo “apagão” e, por conseqüência, aos poucos a cidade foi se recuperando dos impactos desse imenso acidente de consumo, que perdurou aproximadamente por 55 longas horas.

Em decorrência disso diversos órgãos de defesa do consumidor e da segurança pública iniciaram de ofício investigações destinadas apurar as causas do blecaute e, sobretudo, a adotar medidas necessárias à implementação de medidas



preventivas de modo a evitar a repetição de eventos dessa natureza na Capital, além de perscrutar acerca das necessárias responsabilizações.

Desse modo, tal qual o Ministério Público Estadual e Federal – cujo Inquérito Civil nº 01/2003/29ªPJ ainda não se findou (docs.10/11) –, o Corpo de Bombeiros de Santa Catarina, a Delegacia Regional do Trabalho em Santa Catarina e a ANEEL instauraram seus respectivos procedimentos administrativos destinados a dar subsídios para que cada um desses órgãos públicos possam adotar as medidas cabíveis dentro de sua esfera de atribuições, notadamente no que diz respeito à responsabilização dos causadores do evento e a adoção de providências destinadas a evitar a repetição do ocorrido.

Praticamente todas as investigações conduzem à conclusão óbvia – e amplamente anunciada à época dos fatos por todos os veículos de comunicação – de que a CELESC foi responsável pelo trágico evento, pois obrou em flagrante violação aos deveres objetivos de conduta sob duplo aspecto, uma vez que [1] além de ter dado causa ao evento (ação) [2] não agiu de forma eficiente para evitar sua ocorrência e também, impedir suas conseqüências (omissões) – ou ao

menos amenizá-las a contento.

Consoante se verificará ao longo desta inicial, exsurge patente por todos os ângulos que se enfoque a (a) conduta da CELESC como causadora do evento, seja porque deu causa ao incêndio/explosão (ação) no exercício de suas atividades, seja porque não impediu sua ocorrência e nem evitou suas conseqüências (omissões) e (b) o respectivo nexa desta com os efeitos danosos do “apagão” gerados aos consumidores (dano – prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais).

Presentes, pois, os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil por parte da concessionária de serviço público, quais sejam (a) exercício da atividade/conduita [ação e omissão]; (b) dano; e (c) respectivo nexa.

Com efeito, apurou-se que a interrupção no fornecimento de energia elétrica decorreu do incêndio/explosão ocorrido justamente em virtude dos trabalhos de solda e emenda termocontrátil efetuados por funcionários da CELESC em um dos cabos de média tensão que passa no interior da ponte, e que, operado o sinistro, seus efeitos deletérios não foram evitados. Essa correlação (trabalhos dos funcionários da CELESC x incêndio/explosão x apagão) e, por conseqüência, a responsabilidade da prestadora do serviço público, evidencia-se inclusive por conta de um raciocínio demasiadamente simplista, explicitado pelas respostas às seguintes indagações:

Não tivesse havido a emenda do cabo no interior da ponte, teria ocorrido o incêndio/explosão e, por conseqüência, o “apagão”?

R: Evidente que não.

Existisse uma terceira linha de distribuição de energia elétrica, independente, com passagem pelo sul da ilha como outrora havia sido projetada, mesmo com a ocorrência do incêndio/explosão na galeria da ponte, os danos teriam ocorrido?

R: Por óbvio, também, que não.

Por derradeiro, tivesse havido um plano de emergência, mesmo com a ocorrência do incêndio/explosão na galeria da ponte, os danos teriam ocorrido, ou ao menos nessa catastrófica proporção?

R: Evidente que não.

Inexorável, de igual forma, que os inquestionáveis danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial ocasionados aos consumidores, coletiva e difusamente considerados, decorreram do evento gerado pela abrupta e total interrupção do

serviço de distribuição de energia elétrica.

Reportando-se a algumas das evidências apuradas por ocasião das investigações realizadas, destacam-se, desde já, as seguintes:

2.3.1 Do Laudo Pericial da Delegacia Regional do Trabalho em Santa Catarina

A Delegacia Regional do Trabalho em Santa Catarina – DRT/SC, por via de seus Auditores Fiscais, os eng^{os} Geraldo Mollick Brandão e Rui Camillo Ruas Filho, após vistoriar o local do incêndio e ouvir o relato de técnicos da CELESC sobre as ocorrências, elaborou o incluso RELATÓRIO DE INVESTIGAÇÃO E ACIDENTE DE TRABALHO “APAGÃO” e ANEXOS (doc. 12/13) o qual, segundo se verifica do campo “I – Metodologia utilizada na investigação”, não só restou ampla e devidamente instruído – inclusive mediante documentação fotográfica e de filmagem dos locais vistoriados, além de ter sido subsidiado pelos Relatórios da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, da CELESC e pelo Laudo de Investigação de Incêndio confeccionado pelo Corpo de Bombeiros de Florianópolis – , como também indica de forma categórica inúmeras hipóteses de violação ao dever objetivo de conduta por parte da concessionária do serviço de prestação de energia.

Consta do aludido Relatório de Acidente de Trabalho o campo “V – FATORES CAUSAIS DO ACIDENTE” as seguintes e relevantes constatações:

V – FATORES CAUSAIS DO ACIDENTE

FATORES DO AMBIENTE:

201.001-1 – Iluminação insuficiente e/ou inadequada

201.002-0 – Ventilação natural e/ou artificial insuficiente e/ou inadequada

201.010-0 – Outras falhas de instalações elétricas

201.012-7 – Meio de acesso permanente inadequado à segurança (passagens, escadas, passarelas, plataformas, sem guarda-corpo e/ou estreitas e/ou com inclinação excessiva e/ou próximas a estruturas em movimento e/ou energizadas, etc.)

201.013-5 – Meio de acesso temporário inadequado à segu-

rança (escadas de mão, andaimes, elevadores de obras)

201.999-4 – Outros fatores do ambiente, não especificados

FATORES DA TAREFA:

202.002-5 – Posto de trabalho ergonômicamente inadequado

202.005-0 – Uso impróprio / incorreto de equipamentos / materiais / ferramentas

202.009-2 – Modo operatório inadequado à segurança / perigoso

202.011-4 – Falha na antecipação / detecção de risco / perigo

202.013-0 – Omissão / interrupção precoce de operação durante execução de tarefa

202.023-8 – Trabalho em ambiente confinado em atmosfera explosiva

202.024-6 – Trabalho em ambiente confinado em outras situações de riscos

202.999-5 – Outros fatores da tarefa não especificados

FATORES DA ORGANIZAÇÃO E GERENCIAMENTO DAS ATIVIDADES / DA PRODUÇÃO:

204.010-7 – Falta de planejamento / de preparação do trabalho

204.011-5 – Tarefa mal concebida

204.012-3 – Falta ou inadequação de análise de risco da tarefa

204.013-1 – Falta ou inadequação de análise ergonômica da tarefa

204.014-0 – Inexistência ou inadequação de sistema de permissão de trabalho

204.018-2 – Falhas na coordenação entre membros de uma mesma tarefa

204.022-0 – Procedimentos de trabalho inexistentes/inadequados

204.023-9 – Participação dos trabalhadores na organização do trabalho ausente/precária

204.025-5 – Ausência/insuficiência de supervisão

204.999-6 – Outros fatores não especificados

FATORES DA ORGANIZAÇÃO E GERENCIAMENTO DE PESSOAL:

206.003-5 – Ausência/insuficiência de treinamento

206.006-0 – Trabalho isolado sem comunicação adequada com outro trabalhador / equipe

206.007-8 – Trabalho isolado em áreas de risco

206.999-7 – Outros fatores não especificados do gerenciamento de pessoal

FATORES DA ORGANIZAÇÃO E GERENCIAMENTO DE MATERIAIS:

207.999-2 – Outros fatores de gerenciamento de materiais/matérias primas

OUTROS FATORES DA ORGANIZAÇÃO E DO GERENCIAMENTO DA EMPRESA:

208.002-8 – Meio de comunicação deficiente

208.009-5 – Falhas/inexistência de plano de emergência

208.999-8 – Outros fatores da organização e do gerenciamento não especificados

FATORES DO MATERIAL (MÁQUINAS, FERRAMENTAS, EQUIPAMENTOS, MAT. PRIMAS):

209.001-5 – Sistema / máquina / equipamento mal concebido

209.003-1 – Sistema / dispositivo de proteção ausente / inadequado por concepção

209.006-6 – Parte de máquina ou equipamento

209.008-2 – Material deteriorado e / ou defeituoso

209.999-3 – Outros fatores do material não especificados

FATORES DO INDIVÍDUO:

210.001-0 – Desconhecimento do funcionamento / estado de equipamento / máquina, etc.

FATORES DE MANUTENÇÃO:

211.005-9 – Manutenção ignorando o estado do sistema

211.010-5 – Despreparo da equipe de manutenção

211.011-3 – Acesso difícil a sistemas que apresentam panes

Já no campo “VII” do Relatório, constatou-se que

VII – FATOS CONSTATADOS SOBRE O ACIDENTE

Em relação ao tipo de trabalho executado e que originou o acidente - a manutenção nos alimentadores CQS, em uma das galerias, utilizando-se de maçarico abastecido por gás proveniente do “liquinho” (botijão de gás de pequena capacidade) – pressupõe-se que os trabalhadores estivessem devidamente preparados para tanto, através de um treinamento formal.

O trabalho foi executado em ambiente confinado – ambiente de dimensões reduzidas, com dificuldades de acesso e saída, com iluminação e ventilação deficientes e com possibilidade de presença e/ou geração de gases tóxicos e/ou inflamáveis, podendo ser gerados pelos métodos de trabalho utilizados para executar a manutenção.

Para a situação do acidente ocorrido quando da manutenção da cablagem de alta tensão na ponte, executada em ambiente confinado, observou-se a existência de várias situações originárias de riscos de acidentes. Verificou-se que a maioria das recomendações de segurança para obras em locais confinados, citadas no item 18.20 da NR 18 do MTE - que estabelece medidas especiais de proteção a serem adotadas nas atividades que exponham os trabalhadores a riscos de asfixia, explosão, intoxicação e doenças do trabalho - não foram observadas.

Constatou-se, através da sistemática de inspeções:

1) deficiência no treinamento e orientação para os trabalhadores quanto aos riscos a que estão submetidos, as formas de preveni-los e os procedimentos a serem adotados em situação de risco;

- 2) deficiências quanto à realização de inspeção prévia e elaboração de ordem de serviço com os procedimentos específicos a serem adotados; inexistência de máscaras autônomas para uso em caso de emergência;
- 3) inexistência de monitoramento permanente de substâncias que causem asfixia, intoxicação, incêndio ou explosão;
- 4) inexistência de ventilação local exaustora eficaz que faça a extração dos contaminantes e de ventilação geral que execute a insuflação de ar para o interior do ambiente, garantindo de forma permanente a renovação contínua do ar;
- 5) inexistência de sinalização com informação clara e permanente durante a realização de trabalhos no interior de espaços confinados;
- 6) inexistência de cordas ou cabos de segurança e armaduras para amarração que possibilitem meios de resgate seguros;
- 7) inexistência de saídas de emergência seguras;
- 8) iluminação deficiente;
- 9) passagens e acessos inseguros aos locais de trabalho, com riscos de quedas e traumatismos;
- 10) passagens junto à cablagem de alta tensão, com risco de choque elétrico.

No campo “VIII” consta a conclusão abaixo transcrita. *Verbis*:

VIII – CONCLUSÕES SOBRE O ACIDENTE

E a conclusão que se chega é que o ocorrido não foi um fato eventual, de causas fortuitas, mas sim um fato de causas diversas, conforme identificadas e especificadas anteriormente. **Ou seja, foram identificados os seguintes tipos de fatores causais:**

- 1) do ambiente;
- 2) da tarefa;
- 3) da organização e gerenciamento – das atividades, de pessoal, de materiais, da empresa;
- 4) do material – máquinas, ferramentas, equipamentos, matérias primas;

5) do indivíduo;

6) de manutenção. (sem grifo no original)

Após as constatações, o relatório da DRT/SC aponta algumas medidas no campo “IX” que, ainda que sob a ótica da proteção do trabalhador, tivessem sido implementadas, teriam o condão de, se não evitar o ocorrido, amenizar as conseqüências.

O fato é que, entre diversas hipóteses de violação aos deveres objetivos de conduta, os auditores e engenheiros da DRT/SC constataram que o trabalho que deu causa ao evento foi executado em **ambiente confinado**, salientando que **não foi observado pela CELESC a maioria das recomendações de segurança para obras em locais confinados, citadas no item 18.20 da NR 18 do MTE** (doc. 14) - que estabelece medidas especiais de proteção a serem adotadas nas atividades que exponham os trabalhadores a riscos de asfixia, explosão, intoxicação e doenças do trabalho.

Aprópria CELESC, por via do documento de Resposta ao Ofício 586/2003 – SFE/ANEEL (doc. 15) expedido pela Agência Reguladora, documento este subscrito pelo Diretor-Presidente e pelo Diretor Técnico da Concessionária, respectivamente, drs. Carlos Rodolfo Schneider e Eduardo Carvalho Sitonio, informaram no campo intitulado “PASSARELA DE ACESSO” que “A passarela em que se deu o acidente, está localizada no canto superior, junto ao teto, **em trecho confinado da galeria**, imediatamente abaixo da pista de rolamento do vão central da Ponte Colombo Machado Salles.” (sem grifos no original)

2.3.2 Do Laudo Pericial do Corpo de Bombeiros

O Corpo de Bombeiros de Santa Catarina também realizou exames no local dos fatos objetivando averiguar as causas físico-químicas do incêndio e seu mecanismo de propagação, exames esses que culminaram na elaboração do Laudo nº 7/2003 (doc. 16), o qual registrou que:

Todas as evidências indicam que o agente ígneo que determinou o surgimento do incêndio, foi a chama do maçarico utilizado nos serviços de manutenção na galeria da ponte.

O calor gerado pela chama do maçarico promoveu a ignição dos gases e vapores acumulados na parte confinada

da galeria, produzidos pelo processo de combustão dos serviços de recomposição do isolamento dos cabos.

Durante os trabalhos de manutenção da linha de distribuição elétrica, executou-se no período da manhã, duas recomposições de um cabo de 13.5KV posicionadas junto a ponte Colombo Salles na porção aberta da galeria da referida ponte e uma terceira recomposição, posicionada dentro da galeria fechada.

Para o trabalho da terceira recomposição foi utilizado um maçarico que utilizava como combustível o GLP, (gás liquefeito de petróleo), acondicionado em um recipiente transportável de capacidade de massa líquida de 2Kg (liquinho).

A chama deste equipamento produz temperaturas da ordem de 1500°C, quando com chama azul, para a chama amarela, estima-se de 1000°C a 1300°C, considerando-se que a combustão é uma reação exotérmica, liberando luz e calor, concomitante aos processos de radiação e condução, iniciou-se o processo de convecção, sendo este calor convectivo a maior parcela da força que alimentou a movimentação da fumaça, responsável pelo consumo de em torno de 50% do calor gerado.

A queima de materiais sólidos libera vapores voláteis combustíveis que, ignizados produzem chamas e gases quentes, cuja diferença em relação a densidade do ar iniciará um movimento ascendente característico. Como resultado, o ar adjacente entra no processo, sendo que parte alimentará a combustão e parte aquecerá, misturando-se com os gases quentes.

Por este último processo, formou-se uma camada aquecida, junto ao teto da galeria, tendo-se assim, finalmente, uma atmosfera estratificada, O processo anteriormente descrito, perdurou por aproximadamente 15min., quando em dado momento, adquiriu-se uma região com vapores combustíveis dentro do limite de inflamabilidade, a chama do maçarico foi responsável ainda pela formação de entalpia suficiente para que se produzisse a ignição dos vapores aquecidos presentes naquela atmosfera, damos a este fenômeno o nome de Flashover.

A formação dos fenômenos até aqui descritos, só foi

possível porque existia um ambiente confinado, assim, a temperatura e pressão de vapor, necessárias a nova ignição, se formaram.

A taxa de combustão elevada neste primeiro momento, que ocasionou a saída imediata dos funcionários que ali trabalhavam, é prova inequívoca de estarmos lidando com vapores aquecidos e já em fase de pré-mistura, suficiente para a ignição.

O fenômeno identificado como flashover, constitui-se de uma deflagração da mistura de gases e vapores aquecidos no ambiente. No caso em questão, sabe-se da presença do monóxido de carbono (CO), oriundo da queima do maçarico e do próprio material que estava sendo moldado e ainda que o limite inferior de explosividade do CO é de 12,5% e o limite superior 74%.(sem grifos no original)

Como visto, o relatório do Corpo de Bombeiros priorizou as questões técnicas relacionadas com os agentes físico-químicos desencadeadores do incêndio/explosão que, por sua vez, ocasionou o famigerado “apagão”. Nem por isso descuro de apontar o inequívoco liame ligando a atividade dos funcionários da CELESC com o “estopim” do evento fatídico.

Por ocasião do Ofício nº 01/2004/BPM (doc. 17), expedido pelo Corpo de Bombeiros em resposta ao Ofício nº 021/2004 que lhe foi encaminhado pelo Ministério Público Estadual e Federal (doc. 18), merece especial destaque as seguintes perguntas e respostas:

3) Porque a hipótese de vazamento de gás liquefeito de petróleo restou descartada (item 1.18.3, fl. 3 laudo pericial)

[...]

Isto posto, passamos a enumerar as razões que conduziram ao descarte da hipótese de que o volume de gás em questão fosse proveniente do equipamento de GLP:

a) A **hipótese mais provável** foi estabelecida através de um processo de eliminação das demais a partir de algumas evidências contrárias constatadas, conforme se descreve à folha nº 20 do Laudo;

b) Contra a hipótese apresentada com a mais provável (reiteramos: para explicar apenas e tão somente a origem

do volume de gás), não restou apurada nenhuma evidência contrária;

c) **A hipótese da origem do volume de gás ter sido procedente do recipiente de GLP, foi descartada em função do que consta das declarações prestadas pelos funcionários da empresa;**

d) **Embora descartada, tal hipótese, continua sendo uma das possíveis. No entanto, para que tal hipótese possa passar a figurar, ao lado da já indicada, como uma também causa provável, seria preciso que os funcionários da empresa admitissem, formal e expressamente, que houve um vazamento de gás,** fato que não poderia ter passado despercebido, pois a relação de causa e efeito que teria se instalado seria imediatamente percebida.

e) Diante do exposto, não há como manter o equipamento de GLP, como uma das hipóteses prováveis da procedência do volume de gás, por não haver onde, tecnicamente sustentar tal afirmação;

[...]

g) As declarações que os funcionários prestaram por escrito, foram adotadas como a expressão final da vontade e da verdade dos mesmos, prevalecendo sobre as declarações que deram aos Bombeiros que lhes prestaram os primeiros atendimentos no local da ocorrência, quando um deles, segundo o depoente, teria declarado que “achava que houve um algum problema com a válvula” (fl 06 linha 41 do Laudo), tendo ainda um outro dito que “o liquinho explodiu” (fl 07, linha 10).

h) Se tais constatações são contradições, entendemos que devam ser investigadas por outras instituições, pois fogem da alçada do Corpo de Bombeiros. Conforme já dissemos, não faz parte da nossa doutrina de investigação de incêndios, fazer acareações, investigar pessoas. (sem grifos no original)

Como visto, a respeito desse fato relevantíssimo, o Corpo de Bombeiros tinha duas versões conflitantes, das quais uma delas deveria ser levada em consideração para efeito de elaboração do laudo.

A primeira delas, extraída logo após o ocorrido, ou seja, no calor do acontecimento e alheia a maiores reflexões por parte do protagonista dos fatos e a influência de terceiros, foi relatada ao Sd BM Paulo Cesar Luiz (fl. 6 do doc. 16) da seguinte forma:

Disse que **conversou com a vítima que estava machucada**, tentando acalmá-lo pois o mesmo apresentava visível estado de nervos, e que conversando como mesmo **ele disse que estava trabalhando com o liquinho e o maçarico, que a vítima achava que houve algum problema com a válvula, ocorreu uma bola de fogo**, que o mesmo não viu mais nada e se jogou da ponte. (sic – sem grifos no original)

Ainda no que tange à primeira versão, também colhida naquele cenário, o Sd BM Gustavo Luiz Stadnick, presente no local, informou que

E que **a única coisa que ouviu foi que uma das vítimas relatou que estava trabalhando quando o liquinho explodiu e que eles se jogaram da ponte**. (sem grifos no original)

Já a segunda versão, dada em local distinto e momento posterior quando já passado o susto e, principalmente, após a avaliação criteriosa por parte do depoente das conseqüências das suas declarações, curiosamente foi omissa quanto aos detalhes supra transcritos.

Não obstante, essa versão é que foi utilizada pelo Corpo de Bombeiro para confeccionar o laudo que, mesmo assim, aponta um liame direto ligando a atividade dos funcionários da CELESC com o “estopim” do evento fatídico.

Por essa razão o Ministério Público Estadual e Federal adiantaram-se em elaborar a seguinte indagação, cuja resposta segue transcrita abaixo:

4) Tendo em vista o teor dos depoimentos dos soldados da BM Paulo César Luiz, (fl. 6, do laudo pericial), e Rogério de Souza (fl. 7, do laudo pericial), prestado perante o Corpo de Bombeiros, dos depoimentos de ambos prestados perante o Ministério Público, cujas cópias seguem anexas, bem como dos depoimentos do funcionário da CELESC Evaldo Rocha Floriano, prestado perante o Corpo de Bombeiros (fl. 13 do laudo pericial) e perante o Ministério Público (cópia anexa) **é possível acrescentar o vazamento de GLP entre as hipóteses prováveis (item 1.18.2) e por**

conseqüência retirá-la do campo 1.18.3 (hipóteses descartadas)? Por quê? (sem grifos no original)

RESPOSTA AO QUESITO 4

Não é possível. Para refazer as conclusões relativas à procedência do volume de gás seria necessário que houvesse uma declaração formal, expressa e positiva dos funcionários nesse sentido, ou que, tal hipótese, viesse a ser, por outro meio, cabal e formalmente comprovada, necessitando ainda, que tal prova, viesse a ser aceita e homologada por autoridade competente. (sem grifos no original)

Como visto, mesmo maculado pela consciente fragilidade oriunda da premissa da qual partiu, o laudo aponta de maneira inequívoca a relação entre o incêndio/explosão na galeria da Ponte com a atividade desenvolvida pelos funcionários da CELESC naquele local.

2.3.3 Do Relatório de Fiscalização elaborado pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL

Em razão da interrupção na distribuição de energia elétrica para a parte insular da Capital do Estado de Santa Catarina, a ANEEL instaurou o Processo Administrativo nº 48500.004194/03-98 (doc.19), o qual teve por objeto, além de perscrutar suas causas, as repercussões do fato sob a ótica do respectivo Contrato de Concessão.

A instrução do referido Processo Administrativo viabilizou a emissão do **Relatório de Fiscalização “RF-CELESC-02/2003-SFE”** (doc.20), com o seguinte propósito – estampado em seu item primeiro:

I – OBJETIVOS

Avaliar a interrupção do sistema de distribuição que abastece a parte insular da Capital Catarinense, Florianópolis, que abrange toda a Ilha de Santa Catarina, com 135.432 consumidores atingidos e carga interrompida de 100,5MW, ocorrida no dia 29 de outubro de 2003 às 13h15min.

Alvitrado Relatório, após investigação ampla e aprofundada sobre o caso, inclusive realizada por detentores de conhecimento técnico na área, aponta de

maneira direta e insofismável a responsabilidade da CELESC pelo evento o qual se convencionou chamar de “apagão”, consoante se infere de seu item “VI-CONCLUSÃO”. *Verbis:*

VI – CONCLUSÃO

Na avaliação da ocorrência de 29 de outubro de 2003, **constatou-se que a Celesc tinha conhecimento prévio da fragilidade do sistema de transmissão de 138 KV para atendimento à ilha de Santa Catarina** tanto que estavam previstas obras de fechamento do anel de 138 Kv dentro da ilha, bem como de um novo suprimento.

A fiscalização constatou que **a interrupção no fornecimento de energia elétrica à ilha de Santa Catarina ocorreu devido a não observância, por parte dos técnicos da Celesc, das normas e procedimentos da empresa para este tipo de manutenção** e, em decorrência disto, ocorreu a explosão e a danificação dos cabos de 138 KV que atendem a Ilha.

É importante também destacar que, **a empresa não possuía um plano de emergência para atendimento, à Ilha de Santa Catarina, no caso de perda de qualquer uma das linhas de 138 KV, apesar de ter conhecimento prévio que haveria corte de carga de até a 120 MW nesta situação.** (sem grifos no original)

A conclusão supra transcrita, a exemplo dos demais elementos de prova coletados dos outros procedimentos investigatórios e estudos realizados a propósito dos fatos, indica pelo menos três principais pontos que enaltecem a responsabilidade da CELESC⁷ pelo evento: (1) inobservância de normas e procedimentos adequados; (2) conhecimento prévio da fragilidade do sistema; e (3) a falta de um plano de emergência.

2.3.3.1 Inobservância das normas e procedimentos adequados

Dadas as incomensuráveis proporções das conseqüências (previsíveis) que poderiam advir – e efetivamente advieram – de eventuais falhas ou inefici-

7 E, em algumas passagens, também a da própria ANEEL.

ências nos trabalhos de emenda termocontrátil realizados naquela ocasião, era prudente que os funcionários da CELESC não só observassem rigorosamente todas as normas e procedimentos recomendados para aquele tipo de atividade, como também adotassem outras de modo a afastar definitivamente os riscos que marcavam a operação. Aliás, face às peculiaridades que marcavam a hipótese, os próprios órgãos de cúpula da Concessionária deveriam tratar a operação (trabalhos de emenda termocontrátil) de maneira particular e diferenciada, e não a trivializar como o fizeram.

Não obstante, inúmeras máculas foram cometidas, cada uma delas, por si só, aptas a caracterizar violação aos deveres objetivos de conduta por parte da Concessionária de tão relevante serviço público, algumas delas destacadas por via dos tópicos que seguem abaixo.

2.3.3.1.1 Do não uso dos equipamentos necessários e inobservância dos procedimentos obrigatórios para a operação

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

VIII – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se as normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial - CONMETRO

Consta da subcláusula Primeira da Cláusula Segunda do Contrato de Concessão nº 56/99 – ANEEL, celebrado pela União, por intermédio da Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL com as Centrais Elétricas de Santa Catarina-CELESC em 22/6/1999, tendo por objeto a “exploração do serviço público de distribuição de energia elétrica” (doc. 21):

A Concessionária obriga-se a adotar, na prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica, tecnologia adequada e a empregar materiais equipamentos,

instalações e métodos operativos que, atendidas as normas técnicas brasileiras, garantam níveis de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia no atendimento e modicidade das tarifas. (sem grifo no original)

Em complementação ao comando contratual supra transcrito e para dar-lhe efetividade, exsurge a NBR 14787 (doc.22), em vigor a partir de 30/01/2002, a qual lista um rol de equipamentos indispensáveis a serem utilizados em atividades desenvolvidas em local confinado – tal qual o que se refere o caso em tela - não só como forma de prevenção de acidentes como também para a proteção dos trabalhadores.

Deverão estar disponíveis os seguintes equipamentos, sem custo aos trabalhadores, funcionando adequadamente e assegurando a utilização correta:

a) equipamento de sondagem inicial contínua da atmosfera, calibrado e testado antes do uso, adequado para trabalho em áreas potencialmente explosivas. Os equipamentos que forem utilizados no interior dos espaços com riscos de explosão deverão ser intrinsecamente seguros (Ex i) e protegidos contra interferência eletromagnética e radio-freqüência, assim como os equipamentos posicionados na parte externa dos espaços confinados que possam estar em áreas classificadas;

b) equipamento de ventilação mecânica para obter as condições de entrada aceitáveis, através de insuflamento e/ou exaustão de ar. Os ventiladores que forem instalados no interior do espaço confinado com risco de explosão deverão ser adequados para trabalho em atmosfera potencialmente explosivas, assim como os ventiladores posicionados na parte externa dos espaços confinados que possam estar em áreas potencialmente explosivas;

c) equipamento de comunicação, adequado para trabalho em áreas potencialmente explosivas;

d) equipamentos de proteção individual e movimentadores de pessoas adequados ao uso em áreas potencialmente explosivas;

e) equipamentos para atendimento pré-hospitalar;

f) equipamentos de iluminação, adequado para trabalho

em áreas potencialmente explosivas.

Como dito, as peculiaridades do caso recomendavam, no mínimo, a adoção das providências acautelatórias previstas na legislação que disciplina a matéria, seja no que diz respeito aos equipamentos mínimos seja no que tange ao procedimento básico, ambas providências triviais que deveriam mas não foram observadas. Não obstante, a CELESC furtou-se de adotá-las consoante restou constatado pelo Relatório de Fiscalização confeccionado pela ANEEL (págs. 6/7 do doc. 20). *Verbis*:

Com base nas informações apresentadas pela CELESC no relatório de perturbação do dia 30/10/2003, no manual de procedimentos da empresa e durante a fiscalização ocorrida nos dias 3 e 4 de novembro de 2003, a fiscalização da ANEEL constatou que a equipe de manutenção da CELESC:

[...]

2 – Não realizou a monitoração/verificação da existência de gases no ambiente da manutenção;

3 – Não fez uso de exaustor ou ventilação forçada;

4 – Não atendeu as advertências do fabricante da emenda, Raychen Produtos Irrradiados Ltda, integrante do Manual de Procedimentos citados anteriormente, que informava:

- “Antes de acender o maçarico, certifique-se da inexistência de gases ou líquidos inflamáveis no local de trabalho”;

- Consulte as práticas aprovadas pela sua empresa para procedimento de limpeza e ventilação da área de trabalho”
[...]. (sem grifos no original)

Chama a atenção, ainda, a parte do aludido Relatório de Fiscalização segundo a qual

Cabe ressaltar que, para o serviço a ser executado, uma emenda termo-contrátil em cabos de 15kV, a Celesc poderia ter utilizado alternativamente ao maçarico, um SOPRADOR TÉRMICO, equipamento este também recomendado pelo fabricante das emendas, e constante do manual de procedimento da Celesc, **ou ainda poderia ter executado o serviço com a utilização de emendas a frio.** Destaca-se também que, apesar da equipe estar traba-

lhando em um ambiente e com equipamentos sujeitos a risco de incêndio a mesma não possuía extintor de incêndio no local. (sem grifos no original)

A consciente opção pela dispensa dos equipamentos mínimos necessários e da adoção dos procedimentos acautelatórios básicos para aquele tipo de situação também foi constatada pelos Auditores Fiscais do Trabalho, consoante se infere do excerto abaixo transcrito, extraído do Relatório de Investigação e Análise de Acidente de Trabalho – Apagão (fl. 11 do doc. 13), o qual se pede vênia pela necessária repetição:

Verificou-se que a maioria das recomendações de segurança para obras em locais confinados, citadas no item 18.20 da NR 18 do TEM – que estabelece medidas especiais de proteção a serem adotadas nas atividades que exponham os trabalhadores a riscos de asfixia, explosão, intoxicação e doenças do trabalho – não foram observadas.

Constatou-se, através da sistemática de inspeções:

[...]

3) inexistência de monitoramento permanente de substâncias que causem asfixia, intoxicação, incêndio ou explosão;

4) inexistência de ventilação local exaustora eficaz que faça a extração dos contaminantes e de ventilação geral que execute a insuflação de ar para o interior do ambiente, garantindo de forma permanente a renovação contínua do ar;

Como visto, foram inúmeras as irregularidades naquela ocasião praticadas pela CELESC por via de seus funcionários, cujas violações a deveres objetivos de conduta potencializam-se ainda mais pelo fato de o serviço ter sido executado, daquela forma, em espaço confinado.

A propósito, segundo se extrai do incluso manual da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT - NBR 14787 (doc. 22), tem-se por espaço confinado

3.18 espaço confinado: Qualquer área não projetada para ocupação contínua, a qual tem meios limitados de entrada e saída e na qual a ventilação existente é insuficiente para remover contaminantes perigosos e/ou deficiência/enriquecimento de oxigênio que possam existir ou se desenvolver.

Todos os exames realizados no local pelos diversos órgãos e instituições

envolvidas no assunto não deixam margem à dúvida: o espaço no qual foram executados os serviços de emenda termocontrátil no interior da ponte era efetivamente confinado. Aliás, a própria CELESC, ao prestar suas primeiras informações à ANEEL, no documento intitulado Resposta ao Ofício 586/2003 (doc. 15), chegou à mesma conclusão. *Verbis*:

a. DESCRIÇÃO DO CENÁRIO:

PASSARELA DE ACESSO

A passarela de acesso à galeria é constituída de perfis metálicos dispostos com distância pouco maior que um metro como guarda-copos laterais e piso de madeira, isto é, caminho feito de pranchas de madeiras justapostas no sentido longitudinal. Ao longo deste caminho estão instalados cabos isolados sobre bandejas. Numa das extremidades laterais, está instalada uma Linha de Interligação de 138 KV, com cabo OFPo. Na outra extremidade uma linha de distribuição de 13,8 KV com cabo XLPE CQS 10/11/12, tendo ao seu lado, mais ao centro da galeria, os cabos EPR de outra Linha de Interligação de 138 KV. Conseqüentemente, a parte livre para trânsito e manobra de serviços é bastante reduzida, menor que a largura de suas pranchas. O pé direito é baixo o que, dependendo da altura do operador, dificulta o deslocamento e exige o seu agachamento para a realização de trabalhos nos cabos. A passarela em que se deu o acidente, está localizada no canto superior, junto ao teto, em trecho confinado da galeria, imediatamente abaixo da pista de rolamento do vão central da Ponte Colombo Machado Salles. Para se alcançar esta galeria é obrigatório percorrer mais de trezentos metros sobre o mar, no piso de madeira da passarela. (sem grifo no original).

AMBIENTE NA GALERIA

O ambiente onde estão instalados os cabos isolados, na galeria de uma ponte, não é local para o qual foram previstos “confortos” para as equipes trabalharem, até porque, a expectativa era de que poucas atividades lá seriam realizadas após a instalação dos cabos, com exceção das inspeções e manutenções preventivas de rotina, que são realizadas todas as semanas. Esse ambiente se caracteriza por possuir dimensões reduzidas, ser normalmente empoeirado, abafado, quente, escuro e pouco ventilado. Com o

desenvolvimento dos serviços de instalação dos cabos, as condições se tornaram mais críticas, devido à presença dos técnicos, dos equipamentos e do processo de aquecimento para realização da emenda termocontrátil. (sem grifo no original).

Os Auditores Fiscais do Trabalho, por outro lado, foram categóricos e precisos ao definir o local como espaço confinado, conforme pode se observar do Relatório de Investigação e Análise de Acidente de Trabalho – Apagão (fl. 11 do doc. 12):

O trabalho foi executado em ambiente confinado – ambiente de dimensões reduzidas, com dificuldades de acesso e saída, com iluminação e ventilação deficientes e com possibilidade de presença e/ou geração de gases tóxicos e/ou inflamáveis, podendo ser gerados pelos métodos de trabalho utilizados para executar a manutenção.

Para a situação do acidente ocorrido quando da manutenção da cablagem de alta tensão na ponte, **executada em ambiente confinado**, observou-se a existência de várias situações originárias de rios de acidentes. (sem grifo no original)

O Laudo emitido pelo Corpo de Bombeiros (doc. 16) não chegou a conclusão diversa:

A formação dos fenômenos até aqui descritos, só foi possível porque **existia um ambiente confinado**, assim, a temperatura e pressão de vapor, necessárias a nova ignição, se formaram. (sem grifos no original)

Por fim, cumpre esclarecer que não obstante a dificuldade de acesso, alguns dos subscritores desta inicial penetraram na Ponte Colombo Machado Salles para ter a certeza – e a tiveram – que o local dos fatos é, efetivamente, confinado, providência a qual sugerem a Vossa Excelência caso paire alguma dúvida acerca dessa circunstância (art. 440 e 442, I, ambos do CPC).

2.3.3.1.2 Da inexistência de um plano prévio de trabalho

Tendo em vista a relevância do fato e gigantesca proporção dos danos ocasionados aos consumidores, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina instauraram o Inquérito Civil nº 1/2003

(doc. 23), o qual teve por objeto, principalmente, a perscrutação das causas que desencadearam esse acidente de consumo sem precedentes.

Entre inúmeras outras diligências, colheu-se o depoimento dos cinco funcionários que estavam executando aludida emenda no cabo (vide docs. 3/7) e que, portanto, tiveram ligação direta com o evento, os quais foram uníssonos em esclarecer que as funções que seriam lá desenvolvidas não foram pré-determinadas e nem distribuídas entre eles, bem como que referida equipe não tinha nem sequer um coordenador pré-definido para dirigir os trabalhos.

Com efeito, quando perguntados se

Quando saíram da CELESC rumo a ponte, as funções de cada um estavam pré-determinadas? Exemplo: estava pré-determinado quem faria a emenda com o soprador térmico e quem faria a emenda com maçarico?

Apurou-se, por via de depoimento dos próprios funcionários,

[...] Que os cinco estavam capacitados para fazer o trabalho, e que as funções iriam ser divididas no local [...]. (Sidney Vasques – p. 2 do doc. 4)

[...] que todos são habilitados para a função [...]. (Jacques W. Naschenweng – p. 2 do doc. 7)

[...] Que as funções foram divididas no local dos fatos [...]. (Mário Cesar de Matos – p. 1 do doc. 3)

[...] Que as funções foram divididas no local dos fatos [...]. (Evaldo Rocha Floriano – p.2 do doc. 6)

[...] Que as funções seriam divididas no local [...]. (João Terba dos Santos – p. 2 do doc. 5)

Questionou-se ainda:

[...] Quem coordenava os trabalhos? Quem era o chefe da equipe?

As respostas, como dito, foram apresentadas no sentido já apontado:

[...] Que não existe chefe, mas por ser o mais antigo acabava coordenando os trabalhos [...]. (Jaques W. Naschenweng – p. 2 do doc. 7)

[...] Que já sabiam o serviço que iam fazer e que os mais experientes do grupo eram o Jacques e o Evaldo [...]. Mário

Cesar de Matos – p. 2 do doc. 3)

[...] Quem coordenava os trabalhos eram o Jacques depois o depoente [...].(Evaldo Rocha Floriano – p. 2 do doc. 6)

[...] Que era Jacques quem estava coordenando os trabalhos, por ser a pessoa mais próxima do engenheiro Romeu [...]. (João Terba dos Santos – p. 2 do doc. 5)

[...] Que existe uma hierarquia natural, que o funcionário mais antigo coordenava, no caso o Jacques [...].(Sidney Vasques – p. 2 do doc.4)

Nessa mesma linha de constatação, a Delegacia Regional do Trabalho, por via do Relatório de Investigação e Análise de Acidente de Trabalho – “Apagão” (fl. 7 do doc. 12) apurou:

204.010-7 – Falta de planejamento/de preparação do trabalho

204.011-5 – Tarefa mal concebida

204.012-3 – Falta ou inadequação de análise de risco da tarefa

204.013-1 – Falta ou inadequação de análise ergonômica da tarefa

204.014-0 – Inexistência ou inadequação de sistema de permissão de trabalho

204.018-2 – Falhas na coordenação entre membros de uma mesma tarefa

204.022-0 – Procedimentos de trabalhos inexistentes/inadequados

204.023-9 – Participação dos trabalhadores na organização do trabalho ausente/precária

204.025-5 – Ausência/insuficiência de supervisão

204.999-6 – Outros fatores não especificados.

A falta de planejamento da tarefa, bem como a ausência de um coordenador dos trabalhos fica ainda mais latente quando se analisam os depoimentos dos funcionários no que tange ao teste do liquinho. Constata-se, pois, que ninguém testou o liquinho antes de usá-lo, no local do acidente, e que ninguém ficou previamente responsável por tal tarefa.

Ao responder ao seguinte questionamento: “[...] O liquinho foi testado/vistoriado antes de ser utilizado? Por quem? [...]” (p. 3 do doc. 7), Jacques, apontado pelos demais como sendo o chefe natural da tarefa, por ser mais antigo, respondeu:

[...] Que o depoente testou o liquinho quando chegou na empresa; Que o teste consistiu em verificar se a mangueira não tinha vazamento. Que não recorda quem estava com ele no momento do teste. Que o depoente testou o liquinho na empresa, e sabe que alguém testou o liquinho na ponte, que acredita que foi João [...] (depoimento de Jacques W. Naschenweng, p. 3 do doc. 7 - sem grifo no original)

João Terba dos Santos, por sua vez, lembra de quem estava com Jacques durante o teste realizado na empresa - detalhe que não recorda Jacques -, mas nega que tenha testado o liquinho na ponte:

[...] Que foi recarregado para ser usado na ponte, foi testado primeiramente na sede da empresa e posteriormente na ponte, antes de ser utilizado. Que na empresa o liquinho foi testado pelo Jacques e o Sidnei. Que não assistiu ao teste na ponte, ouviu dizer que foi testado no local. Que foi o depoente quem se dirigiu até a empresa Liquigás para comprar o botijão. Que não assistiu o teste feito por Jacques e Sidnei na empresa [...] (p. 2 do doc. 5 - sem grifos no original).

Sidney Vasques, embora apontado por João Terba dos Santos, nega que tenha testado o liquinho na empresa:

[...] **Que não viu o liquinho ser testado,** mas que Jacques disse a ele que o liquinho foi testado, na sede da CELESC. Que não sabe se Jacques estava acompanhado de outro técnico no momento do teste, mas acredita que estava [...] (p. 3 do doc. 4 - sem grifos no original).

Evaldo Rocha Floriano, por outro lado, diz que testou o liquinho juntamente com Jacques na sede da empresa e aponta João como sendo o autor do teste realizado na ponte:

[...] Que o liquinho foi testado pelo depoente e por Jacques na sede da empresa. Que **na ponte o liquinho deve ter sido testado por quem o montou, mas o depoente não assistiu a esse teste.** Que acredita que foi João quem montou o

liquinho, ou seja, adaptou o maçarico ao liquinho. (págs. 3/4 do doc. 6 - sem grifos no original).

Mario César de Matos, limitou-se a dizer que não sabia se o liquinho foi testado:

[...] Que Jacques disse para o depoente que testou o liquinho na sede da empresa. Que **não sabe se o liquinho foi testado no local** [...] (págs. 2/3 do doc. 3 - sem grifos no original).

Verifica-se, portanto, de maneira cabal, que apesar do grau de comprometimento que o mau uso do liquinho ou ineficiência na acoplagem do maçarico no equipamento poderia acarretar para tão importante tarefa, **NINGUÉM TESTOU O LIQUINHO NO LOCAL!**

Ainda que o tivessem feito na sede da empresa, por óbvio que deveriam ter repetido a operação no local, pois o longo e inóspito trajeto entre o início da ponte Colombo Salles e o local onde deveria ter sido feita a emenda - no interior mencionada ponte - é marcado por adversidades das mais variadas ordens, por ter que ser percorrido, em grande parte, em ambiente completamente escuro, estreito, irregular, fechado e, no mais das vezes, equilibrando-se em pranchas suspensas de madeira.

Importante descrever o relato feito pela própria Concessionária, de parte do difícil trajeto percorrido por seus funcionários naquela ocasião, descrição essa feita no documento de Resposta ao Ofício nº 586/2003 – SFE/ANEEL (doc. 15):

a. DESCRIÇÃO DO CENÁRIO

PASSARELA DE ACESSO

A passarela de acesso à galeria é constituída de perfis metálicos dispostos com distância pouco maior que um metro como guarda-corpos laterais e piso de madeira, isto é, caminho feito de pranchas de madeira justapostas no sentido longitudinal. Ao longo deste caminho estão instalados cabos isolados sobre bandejas. Numa das extremidades laterais, está instalada uma Linha de Interligação de 138 kV, com cabo OFPo. Na outra extremidade, uma Linha de Distribuição de 13,8 kV com cabo XLPE CQS 10/11/12, tendo ao seu lado, mais ao centro da galeria, os cabos EPR da outra Linha de Interligação de 138 kV. Con-

seqüentemente, **a parte livre para trânsito e manobra de serviços e bastante reduzida, menor que a largura de duas pranchas.** O pé direito é baixo o que, dependendo da altura do operador, **dificulta o deslocamento e exige seu agachamento para realização de trabalhos nos cabos.** A passarela em que se deu o acidente está localizada no canto superior, junto ao teto, em trecho confinado da galeria, imediatamente abaixo da pista de rolamento do vão central da Ponte Colombo Machado Sales. **Para se alcançar esta galeria é obrigatório percorrer mais de trezentos metros sobre o mar, no piso de madeira da passarela.** (sem grifos no original)

A dificuldade de acesso ao famigerado local é ainda mais crítica pelo fato de os funcionários terem que o ter vencido, além de tudo, carregando pesados equipamentos, os quais não resulta improvável terem sido batidos diversas vezes – e, quiçá, danificados - nos incontáveis obstáculos existentes no percurso.

Relevante repetir, porque pertinente, outro trecho do documento de Resposta ao Ofício nº 586/2003 – SFE/ANEEL (doc. 15):

4. Sydney Vasques, João Terba dos Santos e Jacques Westphal Naschenweng **carregaram o material (maçarico, liquinho, alicate de compressão, lanternas, iluminação de emergência, capacete com iluminação própria, Kit de emenda, etc.) até o túnel** (vão central da ponte com os respectivos vãos adjacentes **com extensão total de aproximadamente 31 5m**) para começar a preparar os cabos da terceira emenda, enquanto Mário César de Matos e Evaldo Rocha Floriano, ficaram concluindo a segunda emenda. (sem grifos no original)

Faz-se necessário um parêntese para registrar que a descrição do trajeto e a efetiva dificuldade de acesso podem ser aferidas, à saciedade, pelas inúmeras fotografias (doc. 24) e filmagem cujo CD rom acompanha esta inicial (vide doc. 9), as quais, é bom que se diga, retratam um local **bastante melhorado** se comparado com o ambiente do dia dos fatos. Não fosse isso, a inspeção judicial (art. 440 e 442, I, ambos do CPC) exsurge como medida eficiente para a comprovação do que ora foi descrito, providência a qual desde já se requer.

A propósito deste tópico faz-se relevante, ainda, transcrever parte do Relatório de Fiscalização RF-CELESC-02/0223-SFE elaborado pelo ANEEL (p. 1 do doc. 20):

[...] Objetivando uma melhor análise da ocorrência foram solicitadas as seguintes informações e documentações:

- I. Nome, cargo e função dos funcionários realizavam a manutenção antes do desligamento;
- II. Ordem de serviço emitida pela área responsável pela manutenção do serviço;
- III. Planejamento do serviço com análise dos riscos;
- IV. Normas internas da empresa;
- V. Plano de Emergência no caso de perda de uma linha de transmissão.

[...] Destaca-se que os itens III e V não foram entregues para a equipe de fiscalização, pois segundo o responsável da Celesc, não havia tal documentação. Em relação ao item II a empresa também não entregou o documento solicitado, mas somente o projeto e seus respectivos resumos, orçamento, relatório de materiais e detalhe da mão de obra. (sem grifo no original).

A inobservância e violação aos deveres objetivos de conduta por parte da CELESC foram tamanhas que a própria ANEEL, responsabilizando-a categoricamente pela interrupção no fornecimento de energia ocasionado pelo incêndio/explosão a que deu causa, expediu o Auto de Infração – resultante do Processo Administrativo nº 48500.004195/03-98 (doc. 19) -, cuja transcrição dos itens “1” e “2” do tópico “Justificativa para aplicação da penalidade” é providência que se impõe: (p. 9 do doc. 25).

[...]

1 - Ficou comprovado que os técnicos da empresa que estavam realizando a manutenção entre os cabos de 13,8 KV e 138 KV energizados **não realizaram o planejamento das tarefas a serem executadas e também não realizaram o levantamento dos riscos da realização da manutenção (emenda termo-contrátil) no cabo do alimentador COS-12.** Fato este comprovado pela fiscalização quando da solicitação dos documentos comprobatórios destes serviços. O entendimento da CELESC “...que o planejamento operacional da tarefa, ao nível dos técnicos, fica comprovado pelos incontáveis depoimentos dos mesmos...” não procede. Trata-se apenas de relato de

fatos ocorridos e não de planejamento anterior à execução dos serviços.

2 – A afirmação da Celesc que: “...A realização ou não das etapas preventivas apontadas nos itens 2, 3 e 4, perde consistência, quando se verifica, bem provavelmente (grifo nosso), que não havia no ambiente contaminação de gases inflamáveis residentes, ou de outra natureza no local acidente...” contraria toda a informação anteriormente fornecida pela Celesc, bem como o próprio Laudo de Investigação nº 007/CAT/CCB/2003 do Corpo de Bombeiros do Estado de Santa Catarina de 29 de outubro de 2003. (sem grifos no original)

Consoante se infere da justificativa supra reproduzida, a ANEEL imputou à CELESC inequívoca responsabilidade pelo evento, razão pela qual lhe aplicou multa administrativa na ordem de R\$7.917.512,87 (sete milhões, novecentos e dezessete mil quinhentos e doze reais e oitenta e sete centavos).

2.3.3.1.3 Da falta de treinamento para a execução do serviço daquela natureza

O Contrato de Concessão nº 56/99-ANEEL (doc. 21), em sua Cláusula Quinta, item XIII, indica de forma categórica a obrigação da Concessionária de providenciar programas de treinamento de pessoal objetivando o constante aperfeiçoamento de seus funcionários para garantir a adequada distribuição do serviço de energia, conforme pode se observar da cláusula abaixo reproduzida:

CLÁUSULA QUINTA – OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA

Além de outras obrigações decorrentes da lei e das normas regulamentares específicas, constituem encargos da CONCESSIONÁRIA, inerentes à concessão regulada por este Contrato:

XIII - realizar programas de treinamento do seu pessoal, visando ao constante aperfeiçoamento do mesmo para a adequada prestação do serviço de distribuição concedido. (sem grifos no original)

Ocorre, todavia, que contrariando sua obrigação contratual, a Conces-

sionária não promovia treinamentos periódicos para viabilizar o constante aperfeiçoamento e capacitação de seus funcionários, notadamente nesta área de conhecimento em que a evolução tecnológica e complexidade do sistema exigem tal providência.

Tal fato pode ser comprovado por intermédio dos depoimentos abaixo reproduzidos, prestados pelos próprios funcionários da empresa – na presença de seus advogados - ao Ministério Público, como, aliás, também constatou a Delegacia Regional do Trabalho segundo antes já afirmado:

[...] Que o depoente já havia feito várias emendas com soprador térmico. Que nunca havia feito emenda usando liquinho;

[...] Que nunca trabalhou com maçarico a gás;

[...] Que participou de um treinamento da CEMIG em Minas Gerais. Que o treinamento consistiu em informações sobre emendas, como trabalhar em locais fechados. O referido treinamento dava ênfase ao uso do gerador. Que não lembra se esse treinamento teve informações referentes ao uso do liquinho a gás; Que não teve treinamento para o uso de maçarico a gás; Que não recorda a data do treinamento na CEMIG, que precisaria olhar no diploma;

[...] que com relação a ambientes fechados nem o treinamento da CEMIG, nem o treinamento da CIPA incluíam informações de como agir em caso de acidentes [...] (doc. 5 – sem grifos no original)⁸.

[...] Que já realizou várias emendas utilizando tanto o soprador térmico quanto o maçarico. Que não se recorda de já ter realizado emenda usando o maçarico em local fechado, tal qual o local do ocorrido;

[...] Que o depoente está há 19 anos na empresa e utiliza o maçarico por cerca de 17 anos. Que nesses 17 anos acredita que nunca utilizou o maçarico em local fechado;

[...] Que já teve treinamento para a realização do trabalho que estava sendo executado no dia do ocorrido. Que o treinamento que o depoente fez era só para o uso do maçarico. Que o treinamento não se referia ao uso do maçarico

8 Depoimento prestado por João Terba dos Santos nos autos do Inquérito Civil nº 1/2003.

em local fechado. Que este treinamento foi realizado pela CEMIG e pelo CEFA. Que o treinamento foi realizado pela CEMIG e pelo CEFA. Que o treinamento dado pelo CEFA foi há cerca de 12 anos atrás e pelo CEMIG, cerca de 6 anos atrás.

[...] Que nesse treinamento incluíam noções de prevenção de acidentes. Que nesse treinamento foi passada uma lista de equipamentos que deveriam ser adquiridos pela empresa, que dos itens constantes na lista, acredita que o único equipamento não adquirido pela empresa foi o detector de gás [...] (doc. 6 – sem grifos no original)⁹.

[...] Que já havia feito várias emendas com soprador térmico, e que já ajudou e assistiu várias vezes emenda com liquinho.

[...] Que nunca usou liquinho para fazer emendas;

[...] Que já fez treinamento para fazer emendas, dado pela CEMIG, que pelo que recorda, o treinamento foi em 1995, que foi o único treinamento. Que o treinamento incluía tanto emendas com maçarico e soprador térmico. Que não houve durante o treinamento manuseio de equipamento, foi um curso teórico. Que durou duas semanas, sendo realizado uma em Minas e outra em Florianópolis.

[...] que no treinamento foi passada uma lista de equipamentos a ser adquirido pela empresa para fazer a manutenção dos cabos, e que referida lista foi passada por Jacques à direção da empresa, e que Jacques estava também fazendo este treinamento, que dentre os equipamentos da referida lista, a maioria foram comprados pela CELESC, exceto o detector de gás. Que o detector de gás, como o próprio nome diz, serve para detectar a presença de gás no local, e que deve ser utilizado antes do início dos trabalhos. Que a empresa não adquiriu o equipamento porque não havia no comércio; que no dia do ocorrido não foi utilizado o detector porque a empresa não o possuía;

[...] que o treinamento dado pelas empresas quando o de-

9 Depoimento prestado por Evaldo Rocha Floriano nos autos do Inquérito Civil nº 1/2003.

10 Depoimento prestado por Mário César dos Santos nos autos do Inquérito Civil nº 1/2003.

poente trabalhava em rede aérea fornecia informações em caso de acidentes; que treinamento se referia a acidentes ocorridos em redes aéreas. Que não teve treinamento com informações como agir em acidentes em rede subterrânea [...] (doc. 3 – sem grifos no original)¹⁰.

[...] que o depoente já havia feito este tipo de trabalho outras vezes, que já havia feito emendas com maçarico. Que nunca havia feito emendas com maçarico em local fechado, como era o local os fatos;

[...] que o depoente havia ajudado e executado pessoalmente emendas com maçarico. Que nunca havia ajudado ou realizado pessoalmente emendas com maçarico em local fechado, como era o local dos fatos;

[...] Que o depoente nunca teve treinamento para o trabalho que foi realizado no dia dos fatos. O que houve foi contato diário com funcionários mais antigos que passavam suas experiência. Que não participou do treinamento dado pela empresa CEMIG no qual outros funcionários participavam. Que participou de alguns treinamentos dados pela CIPA, mas que esses treinamentos são genéricos, direcionados a qualquer tipo de acidente [...] (doc. 4 – sem grifos no original)¹¹.

Consoante se depreende dos certificados juntados pelos funcionários da CELESC (docs. 26/31), o único curso que lhes foi ministrado – à exceção de Jacques e João, que tiveram outro (breve) curso – se deu há aproximadamente 5 anos e nenhum deles - nem o de Jacques e João - foi específico para capacitá-los a lidar com situações tais como a presente, principalmente no que tange a como agir em caso de acidentes em local fechado.

Dessa forma, fácil concluir-se que a ausência de capacitação para aquela operação em particular teve reflexos negativos não só na ocorrência do incêndio/explosão propriamente ditos, como também na falta de preparo para evitar ou minimizar as conseqüências do evento.

Extraí-se dos depoimentos, ainda, que não obstante a ciência por parte da empresa da necessidade de adquirir equipamento detector de gás, o qual se fazia imprescindível naquela operação, mesmo assim deixou de fazê-lo.

11 Depoimento prestado por Sidney Vasques nos autos do Inquérito Civil nº 1/2003.

2.3.3.2 Da ausência de um plano de emergência e do reiterado descaso com a segurança

2.3.3.2.1 Da ausência de um plano de emergência - omissão da CELESC

Por ocasião da resposta ao Ofício nº 586/2003 expedido pela ANEEL, a CELESC admitiu (doc. 15) dos Autos do Procedimento da ANEEL a inexistência de um plano de emergência na hipótese de perda de uma linha de transmissão, tal qual ocorreu naquela oportunidade. Alvitrado documento tem o seguinte teor:

A CELESC não tem o Plano de Emergência, para o caso de perda de uma linha de transmissão, conforme verificado pela ANEEL. O próprio treinamento das equipes de manutenção e os materiais reservas estocados em seus Almoxarifados constituem as prevenções da empresa para estas ocorrências. A eficiência desta filosofia de trabalho ficou plenamente demonstrada na execução das instalações provisórias, com a rápida mobilização das equipes de manutenção e cõo pronto atendimento de todas as solicitações de materiais e equipamentos.

[...]

A infinidade de eventos que podem deflagrar a perda de uma Linha de Transmissão ou mesma de uma Linha de Distribuição, e as características específicas de cada ocorrência e suas conseqüências, prejudicam a elaboração de um Plano de Emergência.

Em respeito a anotação do Relatório SFE, a CELESC irá contudo rediscutir internamente, no âmbito da Diretoria Técnica, a viabilidade da criação de um Plano de Emergência, com parâmetros genéricos, que possam ser adotados em todas a situações de emergência. (sem grifos no original)

Constata-se, portanto, que a CELESC não só não tinha um Plano de Emergência como deveria, para o caso de acidente daquela natureza, como teve que ocorrer o sinistro para finalmente tomar a iniciativa de “rediscutir internamente

a viabilidade da criação” do alvitado Plano.

Do Relatório de Fiscalização RF-CELESC-02/2003-SFE elaborado pela ANEEL (p. 7 do doc. 20) extrai-se:

Foi constatado pela equipe de fiscalização que **a Celesc não possuía um plano de emergência para atendimento da Ilha de Santa Catarina no caso de perda de uma ou duas linhas isoladas de 138 KV atualmente existentes,** pois a decisão pela alternativa de atendimento, com a construção de uma linha de transmissão provisória para atendimento a Ilha, foi às 21:50h do dia 29/10/2003, ou seja, aproximadamente 8h30min após o início da ocorrência. **Como a Celesc não tinha alternativa preparada, não possuía todos os materiais necessários para a construção e não tinha um trajeto definido para a linha de transmissão provisória, portanto, teve de realizar várias adaptações de materiais e de trajeto da linha de transmissão provisória.** (sem grifos no original)

Merece destaque a afirmação da ANEEL, segundo a qual a “Celesc não tinha alternativa preparada, não possuía todos os materiais necessários para a construção e não tinha um trajeto definido para a linha de transmissão provisória”, circunstância que a levou a “realizar várias adaptações de materiais e de trajeto da linha de transmissão provisória”.

Conclui-se, nesse contexto, por tudo que ora se expôs, que a Concessionária não só deu causa ao acidente de consumo como poderia ter evitado suas consequências deletérias caso houvesse um Plano de Emergência, pois caso o possuísse, mesmo o incêndio/explosão não acarretaria a interrupção no fornecimento de energia para a porção insular de Florianópolis.

Ademais, não há dúvida que essa falha da Concessionária encontra eco em igual desacerto da Agência Reguladora, pois esta última, mais uma vez omissa, não exerceu seu mister fiscalizatório na medida em que deixou de identificar apontada mácula e de agir de modo a repará-la antes do blecaute.

2.3.3.2.2 Da ausência de seguro das linhas de transmissão

Apesar de a Cláusula Quinta, inciso IV, do Contrato de Concessão (Distribuição de Energia) nº 56/99 – ANEEL – CELESC (doc. 21) estabelecer a

obrigação da Concessionária de segurar os bens e instalações essenciais à garantia e confiabilidade do sistema elétrico, tal providência mais uma vez não foi cumprida pela CELESC, circunstância que ocasionou prejuízo à população catarinense também dessa ordem:

Dispõe aludido Contrato de Concessão:

CLÁUSULA QUINTA – OBRIGAÇÕES E ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA

Além de outras obrigações decorrentes da lei e das normas regulamentares específicas, constituem encargos da CONCESSIONÁRIA, inerentes à concessão regulada por este Contrato:

[...]

Organizar e manter registro e inventário dos bens e instalações vinculados à concessão e zelar pela sua integridade, providenciando para que, aqueles que, por razões de ordem técnica, sejam essenciais à garantia e confiabilidade do sistema elétrico, estejam sempre adequadamente cobertos por seguro, vedado à CONCESSIONÁRIA, nos termos da legislação específica, alienar, ceder a qualquer título ou dar em garantia sem a prévia e expressa autorização da ANEEL. (sem grifos no original)

Ora, que as linhas de transmissão afetadas pelo incêndio/explosão eram essenciais à garantia e confiabilidade do sistema não existe dúvidas, tanto que seu comprometimento ocasionou a interrupção na prestação do serviço. Por essa razão, razoável concluir-se que a securitização do equipamento era providência que se impunha, obrigação (contratual) esta mais uma vez foi inobservada pela Concessionária.

Verifica-se, portanto, que o descaso da CELESC era marcante e abrangente, compatível, aliás, com o da própria ANEEL, Agência Reguladora que, a par de ter a atribuição de exercer a fiscalização da Concessionária, não obrou eficaz em seu mister também nesse aspecto.

2.3.3.2.3 Da infração às normas de segurança constatadas em relatórios de fiscalização anteriores

Como é praxe, a ANEEL realiza Relatórios de Fiscalização periódicos,

por via dos quais, além de aferir se a Concessionária observa as normas legais e contratuais que regem a atividade, deve(ria) exigir a adoção de providências inclusive no sentido de prevenir a ocorrência de eventos como, por exemplo, como o do caso em tela.

Conforme pode se verificar do item “C.17” do Relatório de Fiscalização 03/2002 (doc. 32), ficou constatado que o descaso da CELESC com questões afetas à segurança não é recente:

[...]

Constatação (C.17) – Aspectos de Segurança (Das pessoas e das instalações)

Na fiscalização, foram inspecionadas as subestações de Blumenau Bairro da Velha, Blumenau Salto, Tubarão, Trindade, Coqueiros, Ilha Centro. Nas referidas inspeções constatou-se que os prazos de validade de todos os extintores encontravam-se vencidos.

Em inspeção a subestação Ilha – Centro, onde estava sendo ampliado o número de alimentadores, constatou-se que os técnicos da Celesc que estavam realizando o serviço, na via pública, não estavam adotando os procedimentos de segurança adequados, como pode ser observado nas figuras 1 e 2. (sem grifos no original)

Consta, ainda, da conclusão daquele documento:

[...] **Foram também verificadas falhas nos procedimentos da empresa, principalmente em relação aos aspectos de segurança, que são objetos de registro neste relatório.** (sem grifos no original)

2.3.3.3 Do conhecimento da vulnerabilidade do sistema

Partindo-se da premissa de que toda energia elétrica distribuída pela CELESC à parte insular de Florianópolis passa por dois sistemas de transmissão localizados num mesmo ponto, no interior da Ponte Colombo Machado Salles, é razoável chegar-se a duas conclusões óbvias: 1- qualquer acidente ocorrido no interior da ponte Colombo Salles apto a interromper a passagem de energia elétrica naquele ponto compromete imediatamente a distribuição de energia elétrica para as 135.432 unidades consumidoras instaladas na parte insular da capital do

Estado catarinense, ou seja, para 79,5% dos consumidores de Florianópolis; e 2- a forma pela qual foi estruturada a distribuição de energia para a ilha torna o sistema vulnerável, razão porque a implementação de obras no sentido de torná-lo mais seguro era uma providência da qual Concessionária tinha plena ciência antes mesmo do desenrolar dos fatos. Aliás, o aperfeiçoamento do sistema mediante a ampliação e modificação das instalações até então existentes, presta-se não só para garantir sua eficiência e segurança, mas também para atender também o crescimento da demanda.

Nesse contexto, o reconhecimento da necessidade de aperfeiçoamento do sistema foi abordado também no próprio Contrato de Concessão nº 56/99 (Contrato para Distribuição de Energia Elétrica – doc. 21), celebrado em 22 de julho de 1999, o qual, por via de sua Cláusula Quarta – *caput*, dispôs:

A concessionária obriga-se a prover o atendimento da atual demanda dos serviços concedidos e também implantar novas instalações, bem como ampliar e modificar as existentes, de modo a garantir o atendimento da futura demanda de seu mercado de energia.

De fato, a concessionária tinha pleno conhecimento da vulnerabilidade do sistema e da necessidade do respectivo aperfeiçoamento há muito tempo, tanto que constou do Relatório de Fiscalização nº 02/2003 elaborado pela ANEEL (p. 5 do doc. 20), que a CELESC vem postergando as obras correlatas desde 1999:

[...] Na análise da configuração do sistema elétrico da empresa, a equipe de fiscalização constatou que, **atualmente, com duas linhas isoladas de 138 kV, a Celesc não consegue atender, em caso de perda de qualquer uma das linhas atuais, o abastecimento de energia elétrica da Ilha de Santa Catarina. Isto se deve ao fato de que uma linha isolada está interligando a subestação Palhoça à subestação Ilha Centro e a outra linha isolada de 138 kV está interligando a subestação Palhoça a subestação Trindade. Portanto, mesmo com a informação dos técnicos da Celesc, de que uma linha teria capacidade de atender toda a carga, isso não seria possível, devido ao fato de não existir a interligação entre a subestações de Ilha Centro e Trindade. A construção da subestação Mauro Ramos e interligações é que irá proporcionar maior confiabilidade ao sistema elétrico pelo fechamento do anel entre a subestação**

Ilha Centro e Trindade.

No plano decenal de expansão 1998/2007 do GCPS-Ele-trobrás (página 285) **estava prevista a entrada em ope-ração da obra para o ano de 1999, sendo postergada constantemente pela Celesc, e finalmente prevista no planejamento quinquenal da empresa ciclo 2003-2007, para fevereiro de 2004.** Na fiscalização realizada nos dias 3 e 4 de novembro de 2003 em Florianópolis, constatou-se que a referida obra ainda não tinha sido licitada e, portanto, não iniciada.

Destaca-se que a construção da subestação Mauro Ramos e, por consequência, o fechamento do anel de 138 kV dentro da Ilha de Santa Catarina, é apenas a etapa inicial de melhoria da confiabilidade no atendimento aos consu-midores, pois **a solução definitiva, além da construção do anel de 138 kV, seria uma nova fonte de alimentação,** que segundo o planejamento quinquenal ciclo 2002-2006, **era a construção da LT 230 kV Palhoça Eletrosul – Ilha Sul, prevista para novembro de 2004, porém retirada do planejamento quinquenal da Celesc, ciclo 2003-2007.** A informação mais atualizada, é a constante do “Estudo Conjunto Celesc e Eletrosul área leste e planalto de Santa Catarina” que prevê a construção da subestação Florianópolis Ilha em 230 kV, alimentada pela subestação Biguaçu para 2006/2007 e a interligação entre as duas subestações por meio de cabos submarinos.

Cabe ainda ressaltar que, na ação de fiscalização realizada em dezembro de 2002 na Celesc, em resposta ao ofício nº512/2002-SFE-Aneel, de 18 de novembro de 2002, que solicitava da empresa a apresentação dos pontos críticos e obras previstas, a empresa informou que não considerava o atendimento a Ilha de Santa Catarina um ponto crítico e os demais já haviam sido diagnosticados e as soluções estão sendo implantadas. (sem grifos no original)

Dois pontos merecem destaque.

O primeiro é que embora haja duas linhas de transmissão de energia elétrica para a ilha de Santa Catarina (ambas passam pelo mesmo local, que é o interior da ponte), o comprometimento de uma delas não pode ser suprido pela outra, pois, como referido no Relatório da ANEEL, isso se dá “devido ao fato de não

existir a interligação entre as subestações de Ilha Centro e Trindade”, deficiência que poderia ser solucionada pela “construção da subestação Mauro Ramos e interligações”, pois “irá proporcionar maior confiabilidade ao sistema elétrico pelo fechamento do anel entre a subestação Ilha Centro e Trindade”.

Apesar de a Concessionária ter, há muito, plena consciência da apontada vulnerabilidade, aludida deficiência, que seria suprida pela execução do “plano decenal de expansão 1998/2007 do GCPS-Eletróbrás (página 285)”, no qual “estava prevista a entrada em operação da obra para o ano de 1999”, não foi eliminada pois a CELESC postergou reiteradas vezes a implementação da obra.

O segundo aspecto digno de atenção é a necessidade da adoção de uma outra providência, concomitantemente à ora apresentada, que consiste em providenciar-se uma “nova fonte de alimentação, que segundo o planejamento quinquenal ciclo 2002-2006, era a construção da LT 230 kV Palhoça Eletrosul – Ilha Sul, prevista para novembro de 2004”. Ocorre, todavia, que a CELESC mais uma vez tratou o problema com total descaso, uma vez que retirou o projeto de seu planejamento quinquenal.

Compreendidos esses dois aspectos, não poderia ser outra a conclusão chegada pelo referido Relatório da ANEEL (p. 11 do doc. 20):

VI – CONCLUSÃO

Na avaliação da ocorrência de 29 de outubro de 2003, **constatou-se que a Celesc tinha conhecimento prévio da fragilidade do sistema de transmissão de 138 KV para atendimento à ilha de Santa Catarina** tanto que estavam previstas obras de fechamento do anel de 138 Kv dentro da ilha, bem como de um novo suprimento.

[...]

É importante também destacar que, **a empresa não possuía um plano de emergência para atendimento, à Ilha de Santa Catarina, no caso de perda de qualquer uma das linhas de 138 KV, apesar de ter conhecimento prévio que haveria corte de carga de até a 120 MW nesta situação.** (sem grifos no original)

O parecer elaborado pelo Engenheiro Carlos Gallo (doc. 33), em atendimento à requisição do Ministério Público, também aponta o mesmo norte:

No caso específico do atendimento à ilha de Santa Catarina

havia alguma previsão de obra? Quais?

4.1 – No caso específico do atendimento à Ilha de Santa Catarina, onde está situada a cidade de Florianópolis, capital do Estado de Santa Catarina, há muito tem sido destacada a necessidade de se reforçar o sistema de suprimento à área central da cidade com a implantação de obras que visam aumentar a confiabilidade deste atendimento, conforme claramente consignado no item 5.3 - Atendimento ao Estado de Santa Catarina – do Relatório GCPS/S/CTST/GTPD - 009/97 – Programa Decenal de Transmissão da Região Sul – período 1997-2006: (sem grifos no original)

Referido parecer, na fl. 15, indica que

Na área de Florianópolis será construída a segunda subestação de suprimento à área central da cidade, em jan/2003, com alimentação a partir da LT 138 kV Palhoça-Trindade.

4.2 - O Relatório GCPS/S/CTST/GTPD 009/98 – Programa Decenal de Transmissão da Região Sul – Período 1998/2007, ao analisar o desempenho do atendimento à Florianópolis, destacou no item 4.3, às fls. 12, que:

‘No período 1998/2000, considerando as obras previstas, o desempenho do sistema de subtransmissão em Santa Catarina apresenta-se satisfatório para condições normais de operação. As principais obras deste período são:’ (sem grifos no original).

[...]

- Fechamento de um anel em 138 kV em Florianópolis a partir de 1999, interligando as subestações Palhoça (ELETROSUL) – Trindade – Florianópolis-Mauro Ramos (futura) - Ilha Centro, para aumento de confiabilidade (sem grifos no original)

Na seqüência, à fl. 13, o relatório destaca, ainda, que:

Dando continuidade às obras de reforço e confiabilidade à região de Florianópolis, será construída, em 2003, a segunda linha Palhoça (ELETROSUL) – Trindade, operando em 138 kV.

E, mais adiante:

4.3 – O Relatório CCPE/CTET- 07/00 – Plano Indicativo de Transmissão da Região Sul – Período 2000/2009, no item 4.3, às fls. 14, apontou que:

A região de Florianópolis **será dotada de maior confiabilidade com o fechamento de um anel em 138 kV entre as subestações Ilha Centro e Trindade**, o qual será implantado junto com a SE Florianópolis Mauro Ramos, em 2001, evitando cortes de carga da ordem de 60 MW em emergências. Para 2005, prevê-se a construção da terceira linha, a partir de Palhoça (ELETROSUL) (sem grifos no original).

Apesar destes reforços, constata-se problemas de subtenção na região de Florianópolis a partir de 2004.

4.4 – Neste mesmo sentido também se posicionou o Relatório CCPE/CTET- 033/2001 – Plano Indicativo de Transmissão da Região Sul – Período 2001/2010 no item 4.3, às fls. 25, conforme indicado a seguir:

A região de Florianópolis será dotada de maior confiabilidade com o fechamento de um anel em 138 kV entre as subestações Ilha Centro e Trindade, o qual será implantado junto com a SE Florianópolis Mauro Ramos 138/13,8 kV, em 2002, evitando cortes de carga da ordem de 100 MW em emergências. Para 2005, prevê-se a construção da terceira linha, a partir de SE 230/138 kV Palhoça da Eletrosul. (sem grifos no original).

4.5 – Vê-se, portanto, que **eram fartos os alertas para a necessidade de se promover reforços no sistema de atendimento à ilha de Santa Catarina, já a partir de 1998, agravando-se com o passar dos anos.** (sem grifos no original)

As considerações finais fecham a questão de maneira conclusiva e irrefutável:

- A subestação Mauro Ramos, a ser construída junto ao morro da cruz, prevista para entrar em operação em jan/2003, até o presente momento não há nenhuma previsão de início das obras. Do mesmo modo a LT 138 kV Trindade – Ilha Norte saiu do horizonte dos programas decenais que se seguiram.
- Mesmo tendo sido, as soluções apontadas pelos relatórios

decenais supracitados, emitidas com tempo hábil para que a CELESC promovesse os respectivos estudos, projetos, licitações e construções, **até o presente momento não se tem conhecimento de um único estudo conclusivo que estabeleça qual a alternativa mais viável técnica e econômica para efetuar a terceira interligação continente/ilha.**

- Da análise dos planos decenais, mencionados neste parecer, vê-se que a CELESC, **de forma pouco compreensível, decidiu antecipar a SE Mauro Ramos de 2003 para 2001 e postergar a terceira linha continente/ilha, a partir da SE Palhoça, de 2003 para 2005. Nota-se aqui duas incoerências. A primeira é a antecipação da SE Mauro Ramos para 2001 quando sabidamente sem a menor chance de ser construída, uma vez que, todo o processo licitatório que antecede a obra e o próprio período da obra são incompatíveis com a data aprazada. A segunda é o fato de ter postergado a terceira interligação continente/ilha de 2003 para 2005 quando os estudos estão mostrando a necessidade de se fazer um racionamento de carga da ordem de 60 MW (aproximadamente 50% da carga total da ilha), em caso de emergência simples, isto é, de defeito em um só dos circuitos que atravessam a ponte, e de 100% de toda a carga da ilha em caso de uma emergência dupla, como a que ocorreu no dia 29/10/03.**

- Portanto, ao assim decidir **a CELESC, conscientemente, assumiu o risco de deixar de suprir os consumidores da ilha, quer parcialmente, quer na sua totalidade, sempre que ocorrer uma situação emergencial envolvendo as linhas de transmissão em 138 kV atendidas pela SE – Palhoça (ELETROSUL).**

– Assim, a demora na tomada de decisão, quanto à efetiva realização das obras, só tem agravado às condições de atendimento à cidade de Florianópolis, ampliando o corte de carga em situação de emergência, como apontado nos estudos supracitados, de 60 MW para 100 MW.

– Esta situação quantifica, muito bem, a fragilidade da rede elétrica que atende a Ilha de Santa Catarina e mostra o quão urgente é a necessidade de se ultimar a implementação das obras previstas, nos planos e programas de expansão, para

reforçar este atendimento.

– O que se conclui de todo este episódio é a pouca importância dada, pela Direção da CELESC, aos estudos elaborados pelos órgãos de planejamento e o descompromisso com as datas ali avençadas, pouco importando as conseqüências advindas de seu não cumprimento. A expectativa de que fatos como o do dia 29/10 não ocorram e a confiança em uma solução negociada, em tais casos, contribuem para que as soluções definitivas sejam sempre empurradas com a barriga.

Este é o parecer sobre os pontos objeto da consulta, colocando-me, desde já, à disposição desta Promotoria para outros esclarecimentos que se façam necessários. (sem grifos no original).

2.4 Da responsabilidade da ANEEL – legitimidade passiva

Se, por um lado, a CELESC, por ação e omissão, violou inúmeras vezes os deveres objetivos de conduta e, diante disso, deu causa aos danos resultantes do “apagão”, por outro a ANEEL igualmente deve ser responsabilizada pelo fato, notadamente porque não agiu de forma eficaz para instar a Concessionária a suprir suas omissões e, por conseqüência, a evitar os danos aos consumidores, ou ao menos amenizá-los sobremaneira.

Com efeito, na qualidade de Agência Reguladora, a ANEEL tem a obrigação de fiscalizar as instalações, a estrutura de operação e, principalmente, as condições de funcionamento das Concessionárias. Feito isso, tem o dever legal de apontar deficiências e exigir que essas sejam efetivamente supridas, de modo não só a garantir a qualidade e presteza na distribuição do serviço, mas também a evitar que eventos tais como o ocorrido em Florianópolis aconteçam ou, na hipótese de serem levados a efeito, que o restabelecimento da prestação do serviço se dê no menor espaço de tempo possível.

Ora, se a Agência possui competência para sancionar a Concessionária pela interrupção na distribuição de energia a que deu causa, com mais razão a tem para obrigá-la a implementar programas e a realizar obras para impedir eventos daquela natureza.

Aliás, para o direito é básico que a função preventiva sobreponha-se à

repressiva (reparatória/ressarcitória), regra a qual, por óbvio, a Agência Reguladora também está adstrita.

Note-se que, conforme anunciado à exaustão nos tópicos anteriores, a própria ANEEL foi enfática a registrar em seu Relatório de Fiscalização (RF-CELESC-02/2003-SFE – doc. 20) que “a Celesc tinha conhecimento prévio da fragilidade do sistema de transmissão de 138 KV para atendimento à ilha de Santa Catarina” e que “a empresa não possuía um plano de emergência para atendimento, à ilha de Santa Catarina, no caso de perda de qualquer uma das linhas de 138 KV, apesar de ter conhecimento prévio que haveria corte de carga de até 120 MW nesta situação”, circunstância que, extraída à guisa de exemplo entre tantas outras abordadas nesta inicial que também poderiam ser mencionadas, demonstra que a responsabilidade da ANEEL é indissociável a da CELESC em diversos pontos, na medida em que sua fiscalização (preventiva) não foi eficaz nesses aspectos.

Como dito, outras mais poderiam ser elencadas, como, v.g., a falta de treinamento para o aperfeiçoamento dos funcionários da Celesc para a execução de serviços daquela natureza, bem como a ausência de seguro das linhas de transmissão, ambas obrigações previstas no Contrato de Concessão nº 56/99 (Cláusula Quinta, inciso XIII e inciso IV, respectivamente – doc. 21) que, apesar de sistematicamente descumpridas pela Concessionária, não vinham sendo

12 A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano.

[...]

É aqui que entra a noção de responsabilidade civil. [...] Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa idéia. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. In CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 23-24.

13 O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *status quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto o possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. In CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 35.

14 Por ato ilícito, em seu sentido amplo, assim definido pelo art. 187 do Código Civil de 2002, se entende um comportamento voluntário que viola um dever jurídico. O elemento culpa integra apenas o ato ilícito em seu sentido estrito, previsto pelo art. 186 do mesmo diploma legal, o qual serve de fundamento para as hipóteses de responsabilidade civil subjetiva.

exigidas pela Agência Reguladora.

Não fosse por isso, o só fato de um dos pleitos desta inicial consubstanciar a reversão do valor da multa aplicada pela ANEEL à CELESC para Florianópolis (local do dano) justifica a inserção da Agência Reguladora no pólo passivo da demanda.

2.5 Da responsabilidade civil - requisitos e ônus probatório

Os doutrinadores apontam que a responsabilidade civil exprime a idéia do dever que alguém tem de reparar o prejuízo que causou a outrem em decorrência da violação de um dever jurídico preexistente¹², tendo por finalidade recompor o equilíbrio jurídico-econômico existente entre o agente causador do dano e a vítima¹³, o qual é rompido, de regra, pelo cometimento de um ato ilícito¹⁴.

O progresso da civilização, a par de ter tornado mais complexa a convivência do homem em sociedade, impulsionou a correspondente e necessária evolução das ciências jurídicas e, particularmente – porque pertinente ao caso em tela – o aperfeiçoamento da responsabilidade civil para regular as situações que passaram a surgir em face dessa nova realidade.

Nesse contexto, para situações tais como a presente, em que uma Concessionária de serviço público ocasionou dano de vultosa monta a milhares de consumidores, a necessária indenização encontra amparo na moderna concepção de responsabilidade civil objetiva, eis que não mais se perquire acerca da existência de culpa para tal desiderato, porquanto alvitrada teoria (objetiva ou do risco) tem como postulado que todo o dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, ou seja, desde que se façam presentes seus elementos caracterizadores (dano, nexo, exercício da atividade/causa).

Dessa forma, basta demonstrar que os prejuízos (dano) decorreram (nexo) da atividade exercida pela Concessionária (causa) para efeito de obter-se a correspondente responsabilização da CELESC e ANEEL, porquanto, como dito, tal fim prescinde da análise de culpa, a teor do estatuído no art. 37, § 6º, da Constituição Federal e art. 43 do Código Civil, sem prejuízo da pertinência e aplicação da disciplina do Código de Defesa do Consumidor (art. 14), notadamente pelo fato de a Concessionária ter ocasionado o dano na condição de fornecedora do serviço público - essencial e contínuo – (art. 3º, caput, e art. 22 do CDC) de distribuição de energia elétrica aos consumidores (par. único e caput do art. 2º

e art. 17 do CDC) no mercado de consumo.

A respeito da aplicabilidade do CDC para regular o caso concreto, é pacífico o entendimento tanto doutrinário como jurisprudencial, consoante pode se observar, v.g., do excerto abaixo transcrito:

[4] SERVIÇOS PÚBLICOS – A responsabilidade por danos do prestador de serviços não envolve somente as empresas ligadas à iniciativa privada. O art. 22 do CDC estende essa responsabilidade aos órgãos públicos, vale dizer, aos entes administrativos centralizados ou descentralizados. Além da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, estão envolvidas as respectivas autarquias, fundações, sociedades de economia mista, empresas públicas, **inclusive as concessionárias ou permissionárias de serviços públicos**.

Todas essas entidades são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Por todo o exposto, o ente público não se furtará a reparar os danos causados aos administrados quando incorrer nas práticas, tão freqüentes, como as que decorrerem da:

- paralisação dos serviços de transporte coletivo;
- suspensão dos serviços de comunicação;
- interrupção do fornecimento de energia elétrica; ou
- corte no fornecimento de água à população.¹⁵ (sem grifos no original)

Reportando-se ao tema “responsabilidade civil”, Marcelo Kokke Gomes faz as pertinentes considerações:

A teoria objetiva prescinde da culpa. O dever de reparação baseia-se no dano causado e em sua relação com a atividade desenvolvida pelo agente. As atividades são lícitas, a necessidade de sua existência faz com que sejam aceitos pela sociedade os danos que provocam, entretanto, as vítimas não devem ser deixadas ao léu. A prova da culpa do agente, na realidade, inviabilizaria a

15 PELEGRINI, Ada e outros, *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2001. p. 175.

16 *Responsabilidade Civil Dano e Defesa do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.

reparação do dano, aumentando mesmo os seus suplicios. No mais, o conceito de culpa sempre foi dotado de certa instabilidade, gerando insegurança social. Segurança, um dos valores fundamentais do Direito. A certeza da reparação dos danos de fator negativo à acumulação de capitais tornou-se imprescindível à segurança das relações econômicas. A teoria objetiva confere certeza à reparação do dano, atendendo ao próprio resultado danoso da ação e não à culpabilidade desta.

A obrigação de reparar o dano é decorrência da simples existência deste e da relação de causalidade com uma determinada atividade. A culpa não atua na formação da responsabilidade de indenizar, mas pode influir na fixação de quantum da reparação¹⁶. (sem grifos no original)

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, ensina que

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado.

[...]

Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais.¹⁷

A propósito, não fosse a riqueza das provas materiais que acompanham esta inicial, far-se-ia desnecessária a efetiva demonstração dos requisitos antes invocados (dano, nexo, exercício da atividade/causa), uma vez que, dada a magnitude do evento e ininterrupta cobertura pela mídia nacional (v.g., vide doc. 9), afigura-se notório (art. 334, I, do CPC) que (a) só houve o incêndio/explosão no interior da ponte porque a Concessionária do serviço público, no exercício de sua atividade, lá se encontrava fazendo reparos no sistema de

17 *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 623.

transmissão de energia elétrica; (b) desse incêndio/explosão decorreu a interrupção do fornecimento de energia elétrica para a ilha de Santa Catarina; (c) a ausência de energia por 55h ocasionou incontáveis prejuízos patrimoniais e extrapatrimoniais à população (municípios e turistas).

No que tange ao **dano**, aliás, mero raciocínio lógico conduz à conclusão óbvia de sua ocorrência, porquanto impossível não deduzir, por exemplo, que alimentos perecíveis acondicionados em geladeiras estragaram; aparelhos eletrônicos e de informática queimaram; mercadorias deixaram de ser comercializadas; contas deixaram de ser pagas pontualmente; acidentes automobilísticos ocorreram; eventos – inclusive internacionais - deixaram de se realizar; padarias, cinemas, restaurantes, supermercados, lojas deixaram de funcionar; todos esses prejuízos materiais que se somam a danos morais resultantes da sensação de insegurança que surgiu do caos generalizado que se instaurou naquela ocasião; da angústia de não saber até quando perduraria o sacrifício de ter que subir escadas a pé ou de enfrentar engarrafamentos sem precedentes no trânsito; de não contar com a possibilidade de realizar a contento as mais básicas necessidades do dia a dia como abrir uma torneira ou tomar banho – pois terminou a água –, ligar um fogão elétrico, assistir televisão, usar computador ou carregar um aparelho celular; isso sem falar naqueles que tinham parentes e/ou amigos hospitalizados, ou crianças ou pessoas idosas que necessitam de cuidado e atenção ininterruptamente.

Consoante se infere de uma das entrevistas que constam dos inclusos CD, DVD e fita de vídeo cassete que instruem esta inicial (docs. 9, 9A e 9B), os quais trazem imagens de programas jornalísticos que cobriram o evento, foi cogitado por Afonso dos Santos, então presidente da Câmara dos Dirigentes Lojistas – CDL, que os prejuízos no comércio possivelmente alcançariam a cifra de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Consta deste CD (DVD e fita), ainda, notícias relevantíssimas a respeito dos prejuízos patrimoniais e morais suportados pela coletividade, algumas das quais se faz menção face à relevância: (1) entrevista com a Dra. Raquel Ribeiro Bittencourt, Diretora da Vigilância Sanitária Estadual, recomendando que os alimentos congelados que atingiram temperatura ambiente deveriam ser imediatamente descartados para evitar intoxicações; (2) entrevista com a Prefeita Municipal Ângela Amin, informando a situação crítica para o turismo e população dele dependente, uma vez que os hotéis da ilha estavam praticamente com 100% da ocupação preenchida em virtude de três grandes eventos em andamento; além do relato de que

(3) os hospitais não tinham mais condições de receber pacientes; (4) o Centro de Hematologia e Hemoterapia de Santa Catarina – HEMOSC teve que cancelar suas atividades (coleta e distribuição de sangue...); (5) escolas fecharam suas portas; (6) houve substancial aumento no número de ocorrências policiais; (7) funcionários municipais e estaduais acabaram não podendo trabalhar; entre outros.

Merece especial destaque o fato de que **a interrupção no fornecimento de energia elétrica comprometeu o abastecimento de água para a cidade**, problema cujas gravíssimas repercussões só podem ser corretamente compreendidas por quem passou por tão infeliz experiência.

Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem ao comentarem o art. 22 do CDC, deixam claro que a responsabilidade civil abrange o dever de reparar tanto os danos materiais como os morais ocasionados ao consumidor, segundo pode-se observar da lição abaixo:

Abrangência da responsabilidade

- os danos de inadequação dos serviços públicos podem ser materiais, de indenização do interesse positivo, isto é, no valor do contrato ou da prestação viciada, mas **também podem ser danos morais, especialmente se estes serviços são essenciais à vida humana, como energia elétrica, água etc.**

- o sistema do CDC, porém, é de cumulação de danos materiais e morais, para alcançar a indenização integral do consumidor

- o art. 6º, VI, impõe a reparação integral de danos materiais e morais, individuais e coletivos

- a responsabilidade acompanha aquele que usou o serviço, não importando ser o contratante, terceiro ou bystander (art. 2º, parágrafo único, art. 29)¹⁸ (sem grifos no original)

Reportando-se à questão afeta à prova da existência do dano, seu ônus incumbe, na realidade, à CELESC, porquanto se fazem presentes não só um – que bastaria por si só – mais dois dos pressupostos necessários para alvitrada inversão, quais sejam a (a) verossimilhança da alegação e (b) hipossuficiência dos consumidores no caso concreto (art. 6º, VIII, do CDC), pressupostos esses facilmente

18 *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2003. p. 341.

aferíveis pelas regras ordinárias de experiência de Vossa Excelência.

Abstraído o fato de que a peculiaridade do caso dispensa até mesmo a prova dos prejuízos por parte do Ministério Público, pois, além da existência do dano (art. 334, I, do CPC) consubstanciar decorrência lógica do evento, milita em favor dos consumidores o beneplácito da inversão do ônus de sua produção, juntam-se algumas das dezenas de centenas de Reclamações encaminhadas à CELESC por consumidores (docs. 34/454), por via das quais buscavam o correspondente ressarcimento de parte dos prejuízos (patrimoniais) que suportaram.

Ocorre, todavia, que nenhuma delas logrou alcançar o êxito pretendido, porquanto a Concessionária, em total desrespeito aos consumidores, valeu-se de texto padrão e inconsistente para indeferi-los peremptoriamente, do qual se destaca o seguinte trecho – que dispensa comentários:

Assim, muito embora seja por demais **desconfortante e lamentável** a interrupção em expressivo período de tempo pelo que nos **desculpamos** [...] (sem grifos no original – vide anexo ao doc. 34, 35...)

O próprio conteúdo da resposta da CELESC, principalmente o pedido de desculpas, aponta a existência dos outros dois elementos da responsabilidade civil, quais sejam o exercício da atividade/conduita e o nexos, não obstante a Concessionária ter adotado desde logo, como estratégia de esquiva, a excludente “força maior”.

Demonstrada, com sobejo, a presença do dano, cumpre abordar os dois outros elementos ora apontados, não sem antes ressaltar que a notoriedade acerca de suas existências também deve ser levada em consideração para efeito de dispensa do respectivo ônus probatório (art. 334, I, do CPC).

De fato, avulta inquestionável que a interrupção no fornecimento do serviço de distribuição de energia elétrica resultou de um incêndio/explosão ocorrido no interior da ponte Colombo Machado Salles, o qual, por sua vez, originou-se dos serviços de emenda termocontrátil executados por funcionários da CELESC. Em outras palavras, o “estopim” do blecaute foi justamente o trabalho de manutenção dos cabos de energia elétrica executado por funcionários da empresa, o que implica dizer que a Concessionária deu causa ao evento no exercício direto de suas atividades.

Fácil demonstrar, portanto, que a causa do evento (blecaute) está relacionada com a atividade exercida pela CELESC de reparo nos cabos de distribuição

de energia elétrica, uma vez que, não fossem necessários tais trabalhos, certamente não haveria incêndio/explosão e, por consequência, o “apagão”. Nessa esteira, fiel a teoria do risco da atividade, faz-se presente no caso em tela mais um dos elementos integrante da responsabilidade civil.

Não bastasse, consoante restou comprovado à exaustão ao longo desta inicial, foram apontadas não uma, mas diversas violações ao dever objetivo de conduta levada a efeito por parte da CELESC – tanto por ação como por omissão -, as quais, se inexistissem, teriam o condão de impedir a ocorrência do resultado (blecaute), seja pelo não acontecimento das causas que o ensejaram, seja pelo rompimento do nexo com os danos.

Com efeito, à guisa de exemplificação – pois outros fatores causais poderiam ser mencionados –, cumpre registrar que caso os funcionários da Concessionária (a) fizessem uso dos equipamentos necessários para a operação de emenda termocontrátil; (b) observassem os procedimentos obrigatórios para alvitrado trabalho; (c) realizassem a emenda a frio; (d) tivessem treinamento adequado para esse trabalho específico; (e) fossem dotados de um plano prévio de trabalho e divisão de tarefas; e (f) ao menos testassem o liquinho e maçarico no local, certamente não ocorreria o incêndio/explosão no interior da ponte ou, mesmo com sua ocorrência, referidos funcionários poderiam agir eficazmente para evitar o comprometimento das linhas de transmissão e a interrupção do fornecimento de energia elétrica.

Da mesma forma, também a título de exemplo, caso a CELESC tivesse um plano de emergência para a situação, ou tivesse levado a efeito seus projetos de criação de uma linha alternativa de distribuição de energia elétrica, construção da subestação Mauro Ramos e fechamento do sistema em anel – e, a esse respeito, caso a ANEEL obrasse diligente em fiscalizar e exigir tais providências –, a interrupção do fornecimento de eletricidade por aquelas linhas de transmissão seria prontamente restabelecida ou, no segundo caso, não teria nem o condão de deixar a população sem alvitrada energia.

Além das inúmeras hipóteses retro elencadas, que caracterizam violações do dever objetivo de conduta por parte da CELESC e cuja abordagem foi feita mais profundamente nos tópicos específicos, outras mais se encontram listadas no bojo desta inicial.

19 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 66.

Sem dúvida, à luz do Código de Defesa do Consumidor, houve defeito na prestação do serviço por parte da fornecedora, circunstância apta a ensejar sua responsabilização civil.

Por fim, seja sob a ótica da teoria da equivalência dos antecedentes, seja sob o ponto de vista da teoria da causalidade adequada ou da dos danos diretos e imediatos, o nexó entre o comportamento da CELESC (e ANEEL) e o evento encontra-se demonstrado com sobejo não só pela farta documentação anexa, mas também por singelo exercício de lógica, porquanto o nexó causal corresponde ao vínculo naturalístico que liga a conduta do agente ao resultado lesivo percebido pelas vítimas, conforme lecionam os doutrinadores:

O conceito de nexó causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.

A relação causal, portanto, estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não a causa do dano.¹⁹

Nessa esteira, restou demonstrado em diversas oportunidades ao longo desta inicial o vínculo naturalístico de causa e efeito ligando a atividade da empresa ao incêndio/explosão, e este, por sua vez, à interrupção da distribuição de energia elétrica da Ilha de Santa Catarina e, por fim, mencionada interrupção aos múltiplos prejuízos ocasionados aos consumidores.

Com efeito, entre tantas outras evidências que poderiam ser referidas para efeito de indicação do aludido nexó, alude-se ao Relatório de Fiscalização “RF-CELESC-02/2003-SFE” (doc. 20) elaborado pela ANEEL:

VI – CONCLUSÃO

[...]

A fiscalização constatou que **a interrupção no fornecimento de energia elétrica à ilha de Santa Catarina ocorreu devido a não observância, por parte dos técnicos da Celesc, das normas e procedimentos da empresa para este tipo de manutenção e, em decorrência disto, ocorreu a explosão e a danificação dos cabos de 138 KV que atendem a Ilha.**

[...] (sem grifos no original)

Tal qual para a demonstração do dano, abstraída a notoriedade que marca os fatos e que dispensa o autor de provar as causas e o nexo ligando-a ao resultado (art. 334, I, do CPC), o ônus probatório desses elementos (exercício da atividade/causa e nexo causal) incumbe, na realidade, à CELESC, porquanto se fazem presentes não só um – que bastaria por si só – mais dois dos pressupostos necessários para alvitrada inversão, quais sejam a (a) verossimilhança da alegação e (b) hipossuficiência dos consumidores no caso concreto (art. 6º, VIII, do CDC), pressupostos esses facilmente aferíveis pelas regras ordinárias de experiência de Vossa Excelência.

Não obstante a Concessionária de tão relevante serviço público, que é a energia elétrica, ter a obrigação de fornecer sua distribuição de forma adequada, eficiente, segura e contínua (art. 22 do CDC), não foi o que ocorreu no final de outubro de 2003, apesar da notória previsibilidade de que haveria interrupção no alvitrado fornecimento, pois a inexistência de linha alternativa e de fechamento em anel do sistema, além de sua flagrante vulnerabilidade – aquilutada pelo fato de as duas únicas linhas que ligam o continente à ilha passarem por um mesmo ponto, no interior da ponte Colombo Salles, apesar de existir outras possibilidades, como, por exemplo, por via da ponte Pedro Ivo Campos –, sugeriam já desde aquela época a ocorrência do evento.

Presentes, pois, os elementos necessários à responsabilização das Rés pelo blecaute ocorrido no final de outubro de 2003, responsabilidade esta agravada pela ampla previsibilidade de que tal evento poderia acontecer, a concessão da tutela na medida ora pleiteada é providência que se impõe.

2.6 Natureza da tutela perseguida

A gravidade do fato e incomensurável proporção dos danos ocasionados pelo evento ao qual se convencionou denominar de “apagão” levou inúmeras vezes da sociedade a buscar o Ministério Público no sentido de instar o Judiciário buscando providência jurisdicional de natureza reparatória e preventiva.

2.6.1 Tutela reparatória

A violação do dever objetivo de conduta por parte da CELESC e da ANEEL, sem dúvida, teve reflexos na órbita jurídica das pessoas afetadas pelo evento

a que deram causa, porquanto, além dos vultosos prejuízos suportados, implicou em frontais violações não só a dispositivos legais positivados no ordenamento, mas também a princípios norteadores das relações jurídicas.

A propósito destes últimos, podem ser citados os da boa-fé, transparência, respeito à dignidade do consumidor e da proteção de seus interesses econômicos.

Celso Antônio Bandeira de Melo, sobre o status e a importância dos princípios, ensina:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. (*Elementos de direito administrativo, Revista dos Tribunais: São Paulo, 1984, p. 230*).

Especial destaque merece o princípio da “racionalização e melhoria dos serviços públicos” (art. 4º, VII, do CDC), o qual, juntamente com o direito do consumidor à “adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral” (art. 6º, X, do CDC), restou violado pela conduta das Rés quando da ocorrência do “apagão”, notadamente porque a prestação do serviço por parte da Concessionária e a Fiscalização por parte da Agência Reguladora não se mostraram eficazes a ponto de manter a adequação, eficiência, segurança e continuidade do Serviço Público preconizadas pelo art. 22 do CDC e pelos arts. 6º e 7º da Lei 8.987/95.

Cumpra transcrever, por evidente pertinência, esses últimos dispositivos, o primeiro do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e os dois últimos da Lei 8.987/95:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficiente, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou

parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código. (sem grifos no original)

Art. 6º. **Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários**, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º. **O serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.**

§2º. A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Art. 7º - Sem prejuízo do disposto na Lei n.º 8.078/90, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos. (sem grifos no original)

Como assinalado pelo parágrafo único do art. 22 do CDC retro transcrito, a quebra do dever de prestação adequada, eficiente, segura e contínua do serviço de distribuição de energia elétrica acarreta para a Concessionária do Serviço Público e para a Agência Reguladora o dever de reparar os danos ocasionados aos usuários do serviço e aos demais consumidores afetados pelo evento (art. 17 do CDC).

O Código de Defesa do Consumidor, aliás, é claro ao prever como direito básico do consumidor a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (art. 6º, VI, do CDC) que lhe forem ocasionados, responsabilidade civil essa, como dito, que prescinde da análise de culpa (art. 37, § 6º, da CF e art. 14 do CDC).

Nesse contexto, passa-se à abordagem da pretensa condenação.

2.6.1.1 Condenação em valor predeterminado x condenação

genérica

Impende elucidar, no pórtico deste tópico, que a essência do raciocínio desenvolvido na seqüência consubstancia-se na pretensa condenação da CELESC e da ANEEL em valor mínimo desde logo estabelecido (líquido) a ser pago a cada consumidor individualizado, sem prejuízo de, na fase da liquidação, haver por cada qual a possibilidade de demonstrar que referida condenação (individualizada) deve se operar em montante superior ao fixado na sentença; sucessivamente, pugna-se pela condenação genérica da CELESC e da ANEEL, nos termos do art. 95 do CDC, de acordo com a interpretação que tradicionalmente lhe vem emprestando a doutrina e a jurisprudência pátrias.

No sistema processual civil tradicional (individual), positivado pelo Código de Processo Civil, vigora o princípio segundo o qual o pedido deve ser certo e determinado (regra geral), nada impedindo, todavia, que o seja genérico (exceção), desde que presentes uma das três situações elencadas nos incisos I a III, do art. 286, do aludido diploma. Evidente que, pelo princípio da congruência, a sentença vincula-se ao postulado na inicial (art. 459, parágrafo único, do CPC).

No que tange às ações coletivas afetas a direito individual homogêneo, é cediço que a condenação deve operar-se de forma genérica (art. 95 do CDC), de sorte que eventual condenação em valor predeterminado, ainda que em patamar mínimo do qual deve partir a liquidação, afigura-se inusitada exceção ao até então apregoado pela doutrina e jurisprudência.

Ao comentar o art. 95 do CDC, Rodolfo de Camargo Mancuso (in Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, São Paulo:Saraiva, 1991, p. 330) registra:

Quis o legislador, nas ações coletivas para a defesa dos interesses individuais homogêneos, que a sentença condenatória tivesse conteúdo genérico. A idéia, parece-nos, guarda conformidade com o sistema das ações do CDC, já que este prevê que a execução do julgado pode dar-se por iniciativa da vítima, sucessores ou legitimados do art. 82 (MP; entes políticos e seus órgãos; associações) – art. 97 – e, isso, tanto na execução coletiva “originária” como nas demais que se lhe venham agregar – art. 98 e § 1º.

Na nossa ótica, inteiramente correta a observação do consagrado doutrinador não fosse pela inadequação do verbo “Quis o legislador” por ele utilizado.

Temos que mais apropriado seria substituí-lo por “Teve o legislador”.

Com efeito, a condenação genérica, nos moldes defendidos por praticamente a unanimidade da doutrina, garante aos consumidores tão-somente o direito ao *an debeatur* (reconhecimento da responsabilidade, o dever de indenizar por parte do fornecedor), porquanto relega à morosa e complexa fase posterior ao trânsito em julgado (de regra) da sentença condenatória (para alguns declaratória) o pesado ônus de terem que promover a liquidação e subsequente execução da sentença, justamente para buscar o *quantum debeatur* (individualização dos valores).

É cediço que, em tempos de racionalização (sentido lato), no qual se discutem fórmulas de abreviar e simplificar as marchas processuais, de suprimir mecanismos protelatórios no processo e de desafogar o Judiciário, alvitrada regra positivada no art. 95 do CDC (condenação genérica), ao menos na interpretação que se lhe vem emprestando, vai de encontro a essas aspirações; e isso não ocorre, *data venia*, porque o legislador “quis”, mas porque “teve” que fazê-lo.

De fato, se praticamente na unanimidade dos casos de ações coletivas referentes a direitos individuais homogêneos levados ao Judiciário não é possível cogitar-se, na prática, em discussão acerca do *quantum debeatur* já na fase de cognição, o legislador não viu alternativa senão fazer constar a abstrata expressão “condenação genérica” no apontado dispositivo, de modo a propiciar a liquidação do *quantum* da indenização, segundo entendimento vigente, somente na fase posterior, mesmo que isso implique excessiva demora no alcance do bem da vida e afogamento do Judiciário mediante o ajuizamento (habilitação) de incontáveis ações individuais.

Ocorre, todavia, que alvitrado dispositivo está a merecer moderna (re)interpretação – consentânea aos princípios da economia e celeridade processual – de modo a permitir que se fixe, desde logo, um valor líquido (ainda que mínimo) de condenação individualizada para algumas hipóteses concretas (tal como no caso em tela, consoante se demonstrará na seqüência), ao considerar-se tal comando como regra geral da qual perfeitamente comporta exceção.

Dessa forma, se no sistema processual civil individualista a condenação certa e determinada é regra da qual a genérica exsurge como exceção (art. 286 c/c art. 459, parágrafo único, do CPC), no âmbito coletivo afigura-se razoável a inversão do critério, de modo a viabilizar, ainda que excepcionalmente, o estabelecimento de valores líquidos mínimos a título de condenação individual,

evidentemente, sempre que possível.

De fato, da redação do art. 95 do CDC não se pode considerar a existência implícita do advérbio “sempre”, pois não o há. Mais adequado seria, fosse o caso, (re)interpretá-lo com o advérbio “preferencialmente”, tal como se propõe a seguir:

Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será *preferencialmente* genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Esse raciocínio, forte no art. 90 do CDC, mais do que a exegese sistêmica que se pode extrair das regras processuais estabelecidas no CDC (Lei 8.078/90), na Lei 7.347/83 e no CPC, coaduna-se com a disciplina do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42).

Não soa desarrazoado, também, a exegese segundo a qual a expressão “condenação genérica” estampada no referido dispositivo (art. 95 do CDC) refere-se aos limites subjetivos da coisa julgada – sem colidir com o estatuído nos arts. 103 e 104 do CDC –, ou seja, abarca todos os consumidores de cujos direitos individuais (homogêneos) busca-se a tutela por via da respectiva ação civil pública ajuizada – aí (espectro subjetivo de abrangência dos efeitos da sentença) estaria a generalidade referida no dispositivo legal; Dessa forma, não haveria óbice algum ao estabelecimento de prefixação de valores já na sentença do processo de conhecimento.

O fato é que, seja por uma ou por outra exegese ora proposta, embora o art. 95 do CDC disponha sobre sentença genérica – na qual, em princípio, se fixa a responsabilidade das Rés pelos danos causados –, e o art. 97, também do CDC, estabeleça regra acerca da liquidação e da execução de sentença, inexiste impedimento legal a viabilizar, desde logo, a fixação de valores mínimos a título de condenação das Rés, desde que, evidentemente, o caso concreto assim o permita.

A adequada e efetiva tutela do consumidor a que se refere o art. 83 do CDC, o qual pioneiramente prevê a utilização de todas as espécies de ação de modo a propiciá-la (a tutela), estará atendida, por exemplo, se a pretensão presente encontrar respaldo no Judiciário, mormente porque a tutela só é adequada e efetiva se não for prestada a destempo; e é justamente o que se persegue: a celeridade e simplificação.

Por fim, tendo em conta que a normatização da tutela processual referente ao direito coletivo avulta como evolução se cotejada com a pertinente ao direito puramente individual, não é crível que, *data venia*, continue se interpretando

que a regra da condenação genérica é hermética e inflexível, não comportando exceção alguma. Tal exegese, *concessa venia*, revela flagrante retrocesso na aplicação do direito, razão pela qual se propõe um novo critério interpretativo.

Nesse contexto, reportando-se ao caso em tela, pugna-se pela aplicação analógica da fórmula prevista no Apêndice 4 do Anexo III do Contrato de Concessão celebrado pela CELESC (p. 50/52 do doc. 21), a qual tem por objeto a fixação de multa para os casos de corte indevido no fornecimento da energia elétrica por parte da Concessionária.

Note-se que apesar de o caso em tela não se tratar propriamente de um corte indevido no sentido estrito (intencional), não há dúvida da similitude entre as hipóteses, porquanto tanto num (blecaute em Florianópolis cuja responsabilização ora se busca) como noutra (interrupção pura e simples de que trata o Apêndice 4 do Anexo III do Contrato de Concessão) caso houve a interrupção no fornecimento da energia elétrica para os consumidores. A diferença é que o primeiro caso (blecaute) decorreu de violação aos deveres objetivos de conduta da Concessionária, ao passo que no segundo (corte indevido – sentido estrito), faz-se presente a intenção (dolo) da Empresa.

Não soa desarrazoado, aliás, considerar ~~o~~ $\left(\frac{F}{730}\right)$ evento denominado “blecaute” como corte indevido no sentido lato de ~~recepção~~ recepção, ou seja, de modo a abarcar todas as situações em que o consumidor deixa de receber a energia elétrica (corte) por conduta (indevida) da Concessionária.

Ademais, o que se pretende é a utilização de um parâmetro de condenação já existente, de modo a evitar que o julgador se valha de critérios indesejadamente abstratos que só tendem a dificultar a liquidação do *quantum debeatur*, em benefício da fornecedora e em flagrante prejuízo do consumidor e do próprio Judiciário, já que a inevitável demora em chegar-se ao termo do processo é uma realidade inexorável, ainda mais em casos como o presente.

Importante elucidar que o critério de condenação que ora se pleiteia é inconfundível com a odiosa responsabilização tarifada, porquanto, além de a fórmula não advir de norma legal (lei), tem o condão de estabelecer um valor mínimo de condenação.

Diante disso, pugna-se pela utilização da seguinte fórmula (Apêndice 4 do Anexo III do Contrato de Concessão da CELESC – p. 51 do doc. 21²⁰):

20 A íntegra do contrato pode ser extraída do *site* da ANEEL: www.aneel.gov.br.

CORTE INDEVIDO DE UNIDADES CONSUMIDAS

Nos casos específicos de corte indevido de unidades consumidoras, a Concessionária estará sujeita ao pagamento de multas à favor do consumidor afetado.

Para o cálculo do valor da multa será considerado o tempo decorrido desde o horário do início do corte de energia elétrica na unidade consumidora até o seu completo restabelecimento, de acordo com a seguinte fórmula:

$$PENALIDADE(R\$) =$$

Onde:

F = Média dos valores faturados de energia elétrica nos últimos 03 (três) meses da unidade consumidora;

T= Duração total do corte (horas). Tempo compreendido entre o início do corte de energia elétrica na unidade consumidora e o seu total restabelecimento.

O valor da Penalidade ficará limitado a 10 (dez) vezes ao valor médio da fatura de energia elétrica da unidade consumidora verificada nos últimos três meses.

Verifica-se, portanto, que a fórmula $[I = (F/730) \times (T) \times (100)]$, onde I = valor da indenização em reais; F = a média aritmética dos valores das faturas dos três últimos meses da unidade consumidora a ser indenizada; T = tempo de interrupção em horas] pode perfeitamente ser utilizada para efeito de fixação do *quantum debeat*, em seu valor mínimo, a cada consumidor.

Prudente a fixação de limite previsto no Contrato de Concessão, ou seja, o estabelecimento de um teto de 10 vezes o valor médio da fatura de energia verificada nos últimos três meses, consoante se extrai do aludido contrato:

O valor da Penalidade ficará limitado a 10 (dez) vezes ao valor médio da fatura de energia elétrica da unidade consumidora verificada nos últimos três meses.

A título de exemplo, tendo em conta que o tempo de interrupção foi de 55 horas, segue a aplicação da fórmula para um consumidor que apresente R\$ 50,00 (cinquenta reais) de média dos valores faturados de energia elétrica nos últimos 03 (três) meses da unidade consumidora:

$$\text{Valor da condenação} = (50/730) \times (55) \times (100)$$

Valor da condenação = 376,71

Convenhamos, para um consumidor que tem o equivalente a R\$50,00 como média o consumo, R\$376,71 a título de condenação pelos prejuízos suportados é mais do que razoável, ainda mais que desse valor deve ser deduzido o montante pago a título de aplicação da fórmula DIC conforme explicitado no tópico seguinte (seja em razão de pagamento proveniente da antecipação de tutela – Grupo B – ou incidência automática da fórmula – Grupo A), cujo pagamento pode ser compensado nas faturas de energia elétrica.

Repita-se, a pretensão consiste em: (a) aplicar a fórmula do corte indevido para se encontrar um valor fixo (mínimo) a título de condenação da CELESC, observado o teto de 10 vezes o valor médio da fatura de energia verificada nos últimos três meses; (b) desse valor deve ser deduzido o montante pago a título de aplicação da fórmula DIC abaixo explicitada, seja proveniente de pagamento automático (Grupo A) ou referente à antecipação de tutela (Grupo B); (c) do produto extrai-se o valor final da condenação, que pode ser pago via compensação nas faturas da conta de energia elétrica, no prazo de até 3 (três) meses contado do deferimento da medida, sob pena de multa diária.

A utilização desse critério objetivo, sem dúvida, evitará que complexas e incontáveis (dezenas de milhares) ações individuais de liquidação de sentença se acumulem indefinidamente neste Juízo, inviabilizando-o.

Mais do que uma questão de praticidade (cuja viabilidade jurídica foi demonstrada à exaustão), referido critério afigura-se como destino certo àqueles que percorrem a asfaltada Avenida do bom senso (art. 5º da LICC).

Por fim, caso, todavia, Vossa Excelência entenda em sentido contrário do ora defendido, o Ministério Público pugna pela aplicação da tradicional interpretação do art. 95 do CDC, porquanto a condenação genérica nos moldes apreçados também se afigura como pedido (sucessivo – art. 295 do CPC) desta demanda.

2.6.1.2 Antecipação de tutela (parcial) indenizatória – pagamento de valor predeterminado

Na esteira de raciocínio desenvolvida no tópico anterior, segundo o qual

21 A Resolução nº 24/2000 “Estabelece as disposições relativas à continuidade de energia elétrica às unidades consumidoras”.

exsurge juridicamente viável e, sob o ponto de vista de resposta social, até recomendável a condenação das Rés ao pagamento de valor mínimo predeterminado (líquido), tal providência deve se adotada também para efeito de antecipar a tutela condenatória de modo a satisfazer, desde logo, parte dos prejuízos suportados pelos consumidores.

Para tanto, pugna-se pela aplicação da fórmula referente à Duração de Interrupção por Consumidor (**DIC**) prevista no art. 21, I, da Resolução nº 24, de 27 de janeiro de 2000²¹ (doc. 455), emitida pela ANEEL, que modificou a sistemática prevista no Apêndice 9 do Anexo III do Contrato de Concessão nº 56/99 (fls. 61/65 do doc. 21), a qual consubstancia penalidade a ser aplicada quando a Concessionária transgride padrão de continuidade na prestação do serviço para o consumidor individualmente considerado.

Explica-se.

O art. 6º da Lei 8.987/95, fazendo eco ao art. 22 do CDC, preconiza que a prestação de serviço público concedido deve pautar-se por critérios de adequação ao respectivo usuário, adequação esta definida no §1º do mesmo dispositivo, ou seja, que “satisfaz as condições de regularidade, **continuidade**, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” (sem grifos no original)

O art. 25, §§ 1º e 2º, da Lei 9.074/95, por sua vez, impõe a necessidade de previsão nos contratos de concessão de requisitos mínimos de desempenho técnico, os quais deverão ser aferidos por intermédio de índices apropriados que, uma vez desrespeitados, possibilitam a aplicação de penalidades progressivas, que “guardarão proporcionalidade com o prejuízo efetivo ou potencial causado ao mercado”.

Dessa forma, alvitrada supervisão de qualidade leva em conta parâmetros de qualidade e de continuidade no fornecimento de energia elétrica²² baseados em indicadores de controle tais como o DIC, com padrões mensais, trimestrais

22 Cláusula Oitava, Subcláusula Terceira, inciso IV e Cláusula Quinta, inciso I, ambas do Contrato de Concessão de Distribuição nº 56/99 – págs. do doc. 21.

23 Item VI do Anexo III do Contrato de Concessão nº 56/99 – págs. 28/29 do doc. 21 e § 1º do art. 12 da Resolução 24/2000 da ANEEL (vide doc. 455).

24 Cláusula Segunda, Subcláusula Décima Quinta, Inciso IV e Cláusula Quinta, inciso VI, ambas do Contrato de Concessão de Distribuição nº 56/99 – págs. 5/6 e do doc. 21 e Art. 22, V e art. 21 da Resolução nº 24/2000 da ANEEL (vide doc. 455).

25 A Resolução nº 24/2000 “Estabelece as disposições relativas à continuidade de energia elétrica às unidades consumidoras”.

e anuais estabelecidos²³, que, uma vez transgredidos, rendem ensejo à indenização²⁴ representada pela aplicação, por exemplo, da penalidade prevista no art. 21, I, da Resolução nº 24, de 27 de janeiro de 2000²⁵ (vide doc. 455), emitida pela ANEEL, a qual modificou a sistemática prevista no Apêndice 9 do aludido Anexo III, que trata da Qualidade dos Serviços de Energia Elétrica (págs. 61/65 do doc. 21).

Segue abaixo transcrito, para facilitar a compreensão, excerto do mencionado Anexo III onde há referência aos padrões que servem como indicadores de controle cuja transgressão, como dito, gera a incidência de penalidades. *Verbis*:

VI – INDICADORES A SEREM CONTROLADOS OU ACOMPANHADOS E PENALIDADES APLICÁVEIS

Os seguintes indicadores serão controlados e estará sujeitos a penalidades quando da transgressão dos padrões estabelecidos: DEC, FEC, **DIC**, FIC, TMA, Indicadores Comerciais e Níveis de Tensão.

Para efeito de aplicação de penalidade serão considerados dois tipos de degradação da qualidade:

Tipo 1 – Violação de padrão de qualidade que afeta um único consumidor;

Tipo 2 – Violação de padrão de qualidade que afeta um grupo de consumidores. [Item VI do Anexo III do Contrato de Concessão 56/99 – p. 28 do doc. 21 (sem grifos no original)]

Como cada padrão corresponde a uma fórmula para efeito de aplicação da penalidade, optou-se pela adoção da fórmula referente à “violação do padrão de qualidade” **DIC** (Duração de Interrupção por Consumidor) exatamente porque esta

Exprime o intervalo de tempo que cada consumidor, individualmente considerado, ficou privado do fornecimento de energia elétrica, no período de observação, considerando-se as interrupções maiores ou iguais a 3 (três) minutos. (sem grifos no original - p. 26 do doc. 21).

Ademais, os outros padrões ora dizem respeito a conjunto de consumidores, ora se referem a “número médio (frequência) de interrupções”, de sorte que a aplicação da fórmula do padrão adotado (**DIC**), a par de convergir ao critério de interesse do caso em tela, ou seja, “privação do fornecimento de energia por tempo de interrupção”, possibilita uma indenização, ainda que parcial,

proporcional ao prejuízo (consumo de energia) de cada consumidor individualmente considerado.

Já o critério “conjunto de consumidores”, além de padronizar prejuízos (consumos) desconformes – quando não há necessidade ante o adotado, que leva em conta a média de consumo dos últimos meses –, é definido no contrato como

Qualquer reunião de consumidores, definido pelo Concessionário, e aprovado pela ANEEL, de forma a abranger toda a zona atendida, respeitadas as seguintes determinações: (sem grifos no original p. 26 do doc. 21).

Verifica-se, portanto, que entre as alternativas de aplicação das fórmulas, a que se amolda perfeitamente ao presente propósito é a que diz respeito à “violação do padrão de qualidade” **DIC** (Duração de Interrupção por Consumidor), notadamente porque, repita-se, não leva em conta o número de interrupções, mas a quantidade de tempo em que os consumidores ficaram privados do fornecimento da energia elétrica.

Além disso, o produto da penalidade (valor da indenização) referente à violação do padrão DIC deve ser pago diretamente ao consumidor, e não à Agência Reguladora como ocorre com outros padrões, os quais igualmente refletem metas de qualidade a serem cumpridas pela Concessionária.

Na realidade, o que se pretende com a aplicação (direta) da aludida fórmula é a utilização de um parâmetro já existente de obtenção de valores, inclusive a ser aplicado administrativamente para situações tais como a do caso concreto.

Aliás, mencionada fórmula (penalidade) tem natureza indenizatória e foi concebida justamente para ser aplicada quando a Concessionária transgride padrão de continuidade no fornecimento de energia elétrica, ou seja, exatamente para a hipótese presente como ser observado do excerto abaixo, extraído da mencionada Resolução:

Art. 21. Serão classificadas em duas categorias as possíveis violações dos padrões de continuidade, conforme a seguir:

I - Violação de Padrão do Indicador de Continuidade Individual;

Fato gerador: Violação de padrão indicador de continuidade de individual em relação ao período de apuração (mensal, trimestral ou anual).

Penalidade: Compensação ao consumidor de valor a ser creditado na fatura de energia elétrica no mês subsequente à apuração.

No cálculo do valor da compensação serão utilizadas as seguintes fórmulas:

a) Para o DIC:

Valor =

Onde:

DIC_v = Duração de Interrupção por Unidade Consumidora verificada no período considerado, expresso em horas e centésimos de hora;

DIC_p = Padrão de continuidade estabelecido no período considerado para o indicador de Duração de Interrupção por Unidade Consumidora, expresso em horas e centésimos de hora;

DMIC_v = Duração Máxima de Interrupção Contínua, verificada no período considerado, expresso em horas e em centésimos de hora;

DMIC_p = Padrão de continuidade estabelecido no período considerado para o indicador de Duração Máxima de Interrupção Contínua, expresso em horas;

FIC_v = Freqüência de Interrupção por Unidade Consumidora verificada no período considerado, expresso em número de interrupções;

FIC_p = Padrão de continuidade estabelecido no período considerado para o indicador de Freqüência de Interrupção por Unidade Consumidora, expresso em número de interrupções;

CM = Média aritmética dos valores líquidos das faturas de energia elétrica ou dos encargos de uso dos sistemas de distribuição correspondentes aos meses do período de apuração do indicador;

730 = Número médio de horas no mês; e

kei = Coeficiente de majoração, que variará de 10 a 50, para consumidor cativo, e cujo valor, fixado em 10 (dez),

poderá ser alterado pela ANEEL a cada revisão periódica das tarifas.

Tanto é verdade que a CELESC, por força da Resolução nº 24/2000 da Aneel (vide doc. 455), aplicou-a automática e compulsoriamente, só que apenas em benefício dos consumidores enquadrados na opção de faturamento no Grupo A (atendidos em tensão superior a 1 kV e inferior a 230 kV – art. 15, I da Res. 24/2000 – doc. 60), não o fazendo para os consumidores enquadrados no Grupo B (atendidos em tensão igual ou superior a 1 kV, ou em tensão superior a 1 kV com opção de faturamento no Grupo B – art. 15, II, da Res. 24/2000), pois a obrigação de indenizar automática e compulsoriamente só existe para aqueles, e não para estes, de sorte que os consumidores que se encontram nesta categoria (Grupo B), por força da alvitrada Resolução, necessitariam solicitar expressamente tal providência desde que, evidentemente, tivessem conhecimento desse direito que lhes assiste.

Merece o registro que a distinção de tratamento entre duas categorias implica flagrante violação ao princípio da isonomia – notadamente por parte da ANEEL –, situação esta agravada pelo fato de os consumidores não beneficiados pela indenização automática e compulsória não terem tido acesso à informação clara, adequada e precisa sobre seu direito, bem como sobre a necessidade de promover a solicitação.

O Relatório de Fiscalização da ANEEL (RF-CELESC-02/2003-SFE – p. 11 do doc. 20), a propósito do assunto e em consonância com a Resolução nº 24/2000 (vide doc. 455), aponta que mencionada indenização efetivamente é automática para um grupo e mediante solicitação para outro. *Verbis*:

Determinação (D.1)

A Celesc deverá, no caso das unidades consumidoras atendidas em tensão superior a 1 kV e inferior a 230 kV, realizar a compensação aos consumidores dos valores a serem creditados nas faturas de energia elétrica no mês subsequente as apurações do DIC ou DMIC, conforme estabelece o item I, do artigo 21 da Resolução Aneel nº 24/2000.

Determinação (D.2)

A Celesc deverá, no caso das unidades consumidoras atendidas em tensão igual ou inferior a 1 kV ou, em tensão superior a 1 kV com opção de faturamento no Grupo B,

realizar a compensação aos consumidores **que solicitarem** à apuração dos indicadores DIC ou DMIC, conforme estabelece o item I, do artigo 21 da Resolução Aneel nº 024/2000. (sem grifos no original)

O fato é que a CELESC já indenizou os consumidores do “Grupo A” e ainda não o fez em relação aos do Grupo B porquanto estes não promoveram a necessária solicitação por absoluto desconhecimento de causa, pois não é crível que nenhum dos milhares de consumidores que têm direito a ser indenizados não tenham buscado a aplicação da penalidade por “desapego material”, de sorte que, nesse cenário, a falta de clareza na informação só beneficia a Concessionária e prejudica, por óbvio, os consumidores.

O incluso ofício (doc. 456), encaminhado pela CELESC ao Ministério Público, comprova o ora alegado, ao registrar que

[...] de acordo com o estabelecido no artigo 21, inciso I, da Resolução Aneel nº 24 de 27.01.2000, que trata da Violação de Padrão do Indicador de Continuidade Individual, **estamos disponibilizando a relação dos consumidores primários, compulsoriamente indenizados por meio de compensação de valor creditado na fatura de energia do mês de novembro de 2003. Não foram, contudo, registrados protocolos de consumidores secundários, solicitando apuração dos referidos indicadores** como prevê o artigo 15, inciso I, alínea d, § 1º da referida Resolução. (sem grifos no original)

Forçoso concluir-se que **o direito indenizatório pertinente ao tópico presente (antecipação de tutela), portanto, é incontroverso.**

Acompanha o ofício antes mencionado uma listagem (doc. 457) onde consta o nome dos consumidores (Grupo A) indenizados e os respectivos valores das indenizações, cuja soma alcança o total de R\$697.381,64 (seiscentos e noventa e sete mil, trezentos e oitenta e um reais e sessenta e quatro centavos).

O que se pretende, portanto, a título de antecipação de tutela, é satisfazer um direito líquido e certo dos consumidores que ainda não foram indenizados pela aplicação (automática) da aludida fórmula, cujos pagamentos podem se operar mediante compensação dos valores creditados nas faturas de energia elétrica.

A demonstração hipotética da fórmula, a título de exemplo para um consumidor no caso concreto, fica prejudicada porque há dados a serem considerados quando da aplicação da fórmula dos quais não se dispõe e que só podem ser

obtidos da própria Concessionária.

Como dito anteriormente, o padrão de continuidade DIC diz respeito a metas mensal, trimestral e anual a serem observadas pela Concessionária, de modo que serão aplicadas tantas penalidades quantas forem as transgressões (fatos geradores) verificadas, cujos valores sofrem compensação parcial na hipótese de incidência de mais de uma delas.

No que tange aos fatos geradores, a Resolução nº 24/2000 (vide doc. 455) estabelece o seguinte:

DAS PENALIDADES POR VIOLAÇÃO DOS PADRÕES DE CONTINUIDADE

Art. 21. Serão classificadas em duas categorias as possíveis violações dos padrões de continuidade, conforme a seguir:

I- Violação de Padrão do Indicador de Continuidade Individual:

Fato gerador: Violação de padrão do indicador de continuidade individual em relação ao período de apuração (mensal, trimestral e anual).

Ora, **se** o próprio Contrato de Concessão celebrado pela CELESC e a Resolução nº 24/2000 prevêm a incidência da penalidade (DIC) na hipótese de interrupção do fornecimento de energia elétrica, **se** a Agência Reguladora exige o pagamento das penalidades mediante crédito nas faturas, **se** a própria Concessionária reconhece a obrigação de caráter indenizatório, tanto que efetuou o pagamento (compensação nas faturas) para os consumidores do Grupo A e afirmou que só não o fez para os consumidores Grupo B porque não houve solicitação, **logo** nada mais óbvio e justo, pois incontroverso, do que aplicá-la também aos consumidores que ainda não foram “beneficiados” mediante o deferimento do pedido de antecipação de tutela.

Nesse contexto, flagrante a verossimilhança da alegação diante de tudo quanto ora foi exposto e da farta documentação que lastreia respectivos argumentos, ainda mais quando presente o instituto da inversão do ônus da prova em favor dos consumidores (art. 6º, VIII, do CDC), exsurge incontroverso (§ 6 do art. 273 do CPC) não só o direito do qual emerge a aplicação da fórmula pela violação dos padrões mensal, trimestral e anual do DIC como também o

pedido correlato, notadamente porque ao pedido ora formulado corresponde o dever contratual e legal da CELESC de promover aludido pagamento, sob pena, inclusive, da adoção pela Agência Reguladora das providências que lhe competem em virtude do descumprimento do Contrato de Concessão.

Apesar de o requisito supra, por si só, ser bastante para a concessão do pleito antecipatório aqui formulado, os demais (incisos I e II do art. 273 do CPC) igualmente se fazem presentes.

Com efeito, a interrupção do fornecimento de energia elétrica e a ausência de aplicação da fórmula (DIC), ocasionaram danos de amplo espectro, cuja indenização diretamente aos lesados, na hipótese de não se operar já nesta fase, acabará por não ocorrer, uma vez que somente após o demorado trânsito em julgado da sentença a ser lavrada nesta demanda é que iniciará a fase de liquidação e execução, a qual a experiência demonstra que haverá pouquíssimos habilitados de modo a ensejar a execução genérica pelo Ministério Público com destinação dos recursos ao fundo para a reconstituição dos bens lesados.

Aliás, a magnitude da repercussão do evento sugere que o só fato de reputar-se inevitável a demora da marcha processual – com a qual certamente contam os Réus – já onera em demasia os consumidores, dificultando cada vez mais a efetiva reparação dos danos.

Luiz Guilherme Marinoni²⁶, citando Cappelletti e reportando-se ao pesado ônus imposto à parte mais fraca na relação processual em virtude do assoberbamento que fustiga o Poder Judiciário, fez os pertinentes comentários:

Como já lembrou Cappelletti, a demora excessiva é fonte de injustiça social, porque o grau de resistência do pobre é menor do que o grau de resistência do rico; este último, e não o primeiro, pode sem dano grave esperar uma justiça lenta.

Na realidade, a demora do processo é um benefício para o economicamente mais forte, que se torna, no Brasil, um litigante habitual em homenagem à inefetividade da justiça. Basta lembrarmos o que se verifica na Justiça do Trabalho, onde os economicamente mais fracos, desdenhando a justiça, apostam na lentidão da prestação jurisdicional, obrigando aos trabalhadores realizar acordos quase sempre desrazoáveis. Será que alguém ainda acredita que a justiça é efetiva ou inefetiva, ou será que ela é sempre efetiva para alguns?

Dessa forma, o instituto da antecipação da tutela, ainda que parcial no

caso concreto, além de distribuir às partes eqüitativamente o ônus pela demora da tramitação processual, presta-se para trazer ao jurisdicionado a sensação de resposta satisfatória por parte do Estado (Judiciário) ao seu mais elementar anseio que se compraz na realização da justiça, notadamente em situações tais como o caso em tela.

Isso sem falar que, entre os milhares de consumidores afetados, há muitos, de renda escassa, cujas perdas decorrentes do “apagão”, tais como comidas deterioradas e eletrodomésticos danificados, ainda não foram recompostas e dificilmente o serão em curto prazo.

Ademais, no amplo espectro dos efeitos emergentes do dano ocasionado pelo blecaute gravita a lesão gerada ao direito de informação aos consumidores coletivamente (sentido lato) considerados, peculiaridade inerente à tutela do interesse (coletivo, individual homogêneo e difuso) tutelado.

De fato, na medida em que a Concessionária (diretamente) e a Agência Reguladora (indiretamente) subtraíram dos consumidores (Grupo B) as informações necessárias para dar conhecimento que poderiam solicitar a aplicação da fórmula para verem-se ressarcidos parcialmente dos prejuízos suportados, houve flagrante dano a esse direito; aliás, alvitrado dano se prolonga até o presente momento e se estenderá até que os consumidores tomem conhecimento de alvitrada informação.

A propósito e diante da notoriedade de tais fatos, eventual resistência à antecipação de tutela representará manifesto propósito protelatório por parte das Rés, requisito outro à concessão da medida, agora previsto no inciso II do art. 273 do CPC.

Não é demais lembrar que a disciplina do Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente à prevista para as ações coletivas, consoante se infere da redação do art. 19 da Lei 7.347/85 (LACP), lei esta que interage, pois complementa e é complementada pela Lei 8.078/90, conforme se verifica do art. 90 desta última e art. 21 daquela.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery²⁷, a esse respeito, anotam que

3. Antecipação da tutela. Pelo CPC 273 e 461 § 3º, com a redação dada pela L 8952/94, aplicáveis à ACP (LACP),

27 *Código de Processo Civil Comentado*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 1548.

o juiz pode conceder a antecipação da tutela de mérito, de cunho satisfativo, sempre que presentes os pressupostos legais. A tutela antecipatória pode ser concedida quer nas ações de conhecimento, cautelares e de execução, inclusive de obrigação de fazer ou não fazer. V. coment. CPC 273, 461 § 3º e CDC 84 § 3º.

Também não é demais lembrar que a antecipação da tutela não implica irreversibilidade do respectivo provimento, pois da mesma forma que os consumidores serão “beneficiados” com o crédito em suas faturas de energia elétrica, na inimaginável e hipotética falta de êxito da demanda, tais valores poderão perfeitamente ser lançados a débito para pagamento futuro. Aliás, tanto não é irreversível tal provimento que a própria Concessionária já promoveu créditos em conta dos consumidores Grupo A.

Pedindo vênua pela obviedade, registra-se que “a tutela antecipatória pode ser concedida quer nas ações de conhecimento, cautelares e de execução”, de sorte que a pretensão condenatória afigura-se perfeitamente compatível com a presente medida.

Dessa forma, pugna-se pelo deferimento do pedido de antecipação de tutela para efeito de condenar à CELESC a indenizar desde logo (parcialmente) os consumidores (enquadrados no Grupo B) dos prejuízos ocasionados pelo blecaute, mediante a aplicação da fórmula inerente ao padrão DIC (mensal, trimestral e anual) cujo valor poderá ser compensado/creditado nas suas faturas de energia elétrica dos consumidores enquadrados no “Grupo B” – procedimento idêntico ao já adotado pela Concessionária para os do “Grupo A” –, obrigatoriamente no prazo de até 2 (dois) meses imediatos e subsequentes ao mês em que se operar a intimação do deferimento deste pedido, sob pena de multa diária.

Sucessivamente (art. 289 do CPC), na hipótese de não ser acolhida essa pretensão antecipatória, pede-se a antecipação da tutela, sem justificação prévia, para efeito de impor à CELESC a obrigação de fazer (art. 84, § 3º do CDC e art. 461 do CPC) consubstanciada em informar aos consumidores (enquadrados no “Grupo B”) que, segundo determinação judicial acolhida por ação do Ministério Público, possuem o direito de serem indenizados (ainda que parcialmente) dos danos materiais suportados pelo “apagão” iniciado em outubro de 2003, mediante a aplicação de fórmula prevista no contrato de Concessão, desde que haja solicitação expressa no prazo de até 60 (sessenta) contado do dia que encerrar a divulgação abaixo explicitada.

Divulgação: Referida informação deverá se dar de forma adequada, clara

e precisa, com texto inteligível mesmo para o leigo, no prazo de até 30 (trinta) dias contado da intimação da medida, sob pena de multa diária (§ 4º do art. 84 do CDC) de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), mediante ampla divulgação na imprensa escrita e televisionada, por 3 (três) dias consecutivos, bem como por via de texto auto-explicativo que deverá acompanhar por 2 (dois) meses ininterruptos as faturas para pagamento da energia elétrica dos consumidores enquadrados no “Grupo B”, juntamente com formulário contendo texto padrão com requerimento para aplicação da fórmula, independentemente e sem prejuízo de quaisquer outras medidas indenizatórias, sob pena da multa diária.

2.6.1.3 Indenização por danos morais

Não há dúvida que os malefícios gerados pelo evento ocasionado pelas Rés transcende a esfera patrimonial de seus atingidos, quer seja o cidadão individualmente considerado, quer seja o consumidor difusa (art. 17 do CDC) e coletivamente (parágrafo único do art. 2º do CDC) considerado.

Com efeito, consoante antes demonstrado, as famílias e pessoas que habitam as 135.432 (cento e trinta e cinco mil quatrocentos e trinta e duas) unidades consumidoras atingidas pelas 55h de falta de luz, além dos milhares de turistas e de outras pessoas que se encontravam de passagem por Florianópolis naquela ocasião, atravessaram momentos de angústia cujas incontáveis dificuldades não podem ser fielmente retratadas por frias palavras impressas nesta petição.

Além das marcantes e desagradáveis experiências vivenciadas por cada pessoa, que relatam, sem exceção, a sua história no contexto, abalo outro, coletivo, foi sentido e ressentido pelos florianopolitanos, que tiveram que amargar a pecha travestida no fato de habitarem uma Capital (turística) de Estado que, apesar de freqüentemente elogiada na mídia pelas belezas naturais, simpatia e eficiência de seu povo, ficou às trevas por mais de dois dias por absoluta incompetência dos responsáveis ora apontados que, além de darem causa ao evento, não tiveram condições de promover o rápido restabelecimento do fornecimento de energia.

Por fim, impossível não considerar o inevitável sentimento de indignação

28 AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, Vol. 2 p. 730.

29 MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral coletivo nas relações de consumo*. Internet, Jus Navegandi nº 380, de 22/7/2004.

da grande maioria dos consumidores de energia, aqueles catalogados pela Concessionária no Grupo B, os quais, discriminados e preteridos por sua condição, não puderam, por absoluta falta de informação – e conseqüente violação consentida de um direito seu –, nem sequer solicitar a aplicação da mesma multa cujo produto foi revertido, automática e compulsoriamente, somente para alguns privilegiados (integrantes do Grupo A).

A propósito do assunto, Minozzi, citado por José de Aguiar Dias em sua célebre obra sobre responsabilidade civil, refere-se a Dano Moral, nos seguintes termos:

[...] não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado.²⁸

A partir de 1988, a reparação do dano moral coletivo foi elevada a garantia constitucional, como se pode verificar na leitura nos incisos V e X, art. 5º, da Constituição Federal. Além disso, é previsto expressamente no Código de Defesa do Consumidor, que determina, em seu art. 6º, inciso VI, a promoção da “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e **morais**, individuais, **coletivos e difusos**” (sem grifos no original), sendo assegurado aos consumidores o “acesso aos órgãos judiciários e administrativos, visando a reparação de” **danos** patrimoniais e **morais**, individuais, **coletivos** ou difusos” (inciso VII) (idem).

Ao conceituar o dano em questão, o Advogado em São Paulo, Nehe-mia Domingos de Melo²⁹ esclarece que o “dano moral na moderna doutrina é toda agressão injusta àqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto jurídica, insusceptível de quantificação pecuniária, porém **indenizável com tríplice finalidade: satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade**”. (sem grifos no original)

Estudo da Promotora de Justiça em Cubatão (SP), doutora Liliâne Garcia Ferreira, publicado no endereço eletrônico www.mp.sp.gov.br, traz as seguintes lições:

[...]

Acompanhando a evolução do direito, em especial no aspecto da tutela dos interesses difusos e coletivos, a doutrina mais moderna vem ampliando a possibilidade de reparação

do dano moral, de forma que venha a alcançar não apenas o dano extrapatrimonial individual, como também o coletivo, uma vez que pode abranger, além da ofensa à honra, à vida, à liberdade de um indivíduo, qualquer ofensa à coletividade, genericamente considerada, *“que tem um interesse comum de natureza transindividual agredido”*.

O Prof. Rubens Limongi França, citado por Sérgio Severo, em sua obra “Os danos extrapatrimoniais”, ao conceituar o dano moral, já o definia como *“aquele que, direta ou indiretamente, a pessoa, física ou jurídica, bem assim a coletividade, sofre no aspecto não econômico de seus bens jurídicos”*.

Carlos Alberto Bittar Filho disciplina que dano moral coletivo *“é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos”*, citando como exemplo de dano moral coletivo o dano ambiental, o qual consiste *“na lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade”*.

Marco Antonio Marcondes Pereira, por sua vez, conceitua o dano moral coletivo como *“o resultado de toda ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de conseqüências históricas”*.

Aliás, a reparação do dano moral coletivo, de há muito, encontra respaldo na legislação brasileira.

A Lei Federal 6.938/81, ao dispor em seu art. 2º, Inc. I, que o meio ambiente é *“patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”*, já assegurava a proteção a esse interesse difuso, inclusive a reparação de eventuais danos a ele causados, impondo penalidades administrativas, a par da obrigação de reparação dos danos, conforme o disposto em seus arts. 4º, Incs. VI e VII; 9º, Inc. IX; e 14, § 1º.

E mencionada norma foi recepcionada pela Constituição Federal que, conforme já mencionado no tópico nº 2, pacificou a questão do direito à indenização por dano

moral, elevando-o à categoria de garantia fundamental, não se podendo olvidar, jamais, o caráter exemplificativo das hipóteses previstas nos dispositivos constitucionais, que não têm o condão de tornar exclusiva a reparação dos danos morais individuais.

Ora, conforme o disposto em seu art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos na Constituição *“não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

Da mesma forma, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, Incs. VI e VII, de maneira expressa, prevê o dano extrapatrimonial tanto na hipótese de violação de direitos individuais, quanto coletivos e difusos.

Afinal, conforme bem menciona André de Carvalho Ramos, diante da importância dos interesses difusos e coletivos, estes necessitam de uma efetiva tutela jurídica: *“Ora, tal importância somente reforça a necessidade de aceitação do dano moral coletivo, já que a dor psíquica que alicerçou a teoria do dano moral individual acaba cedendo lugar, no caso do dano moral coletivo, a um sentimento de despreço e de perda de valores essenciais que afetam negativamente toda uma coletividade”*.

Induvidoso, conforme adverte o mesmo autor, que a *“coletividade, apesar de ente despersonalizado, possui valores morais e um patrimônio ideal que merece proteção”*, devendo a lesão a esse patrimônio imaterial coletivo ser reparada, também, coletivamente.

Ao enfrentar o tema, o Doutor Marco Antônio Marcondes Pereira, Promotor de Justiça em São Paulo/SP, traz preciosas lições (www.pr.sc.gov.br):

[...]

6. Caracterização do dano moral coletivo.

Aceitar a existência do dano moral, ou extrapatrimonial, contra a coletividade implica no exame de elementos caracterizadores, que compõem o conceito sugerido anteriormente. Na caracterização, portanto, do dano moral coletivo apresentam-se os seguintes componentes.

a. Agressão de conteúdo significante: o fato que agride o

patrimônio coletivo deve ser de tal extensão que implique na sensação de repulsa coletiva a fato intolerável, como aponta a mais atual doutrina, porque o fato danoso que tem pequena repercussão na coletividade ficará excluído pelo princípio da insignificância;

b. Sentimento de repulsa da coletividade: o fato intolerável deve implicar em sentimento de indignação, ou opressão, da coletividade que tem um interesse metaindividual assegurado na ordem legal violado;

c. Fato danoso irreversível ou de difícil reparação: a ofensa à coletividade pode acarretar a impossibilidade de desfazimento do ato danoso, de tal sorte que o resultado padecido pela coletividade tenha de ser carregado como um fardo para as gerações presentes e futuras, como também pode implicar em difícil reparação, que afete o direito imediato de uso e gozo do patrimônio coletivo.

d. Conseqüências históricas para a coletividade (ou comunidade): a agressão à coletividade pode implicar num rompimento do seu equilíbrio social, cultural e patrimonial, afetando a qualidade de vida futura.

Os elementos indicados nas letras “a” e “b” devem estar presentes obrigatoriamente para a caracterização do dano moral coletivo, ao lado, pelo menos, de uma das situações indicadas nas letras “c” e “d”. E uma vez identificados tais elementos, a responsabilização dever-se-á dar por culpa objetiva, mormente se estivermos diante de lesão coletiva ao meio ambiente natural ou urbano.

[...]

8. A valoração do dano moral coletivo.

A composição do dano moral coletivo tem por escopo não apenas ressarcir a coletividade, mas, também, servir de instrumento de desestímulo aos agressores do patrimônio coletivo, no caso em especial, dos infratores da ordem urbanística.

A dificuldade que se pode vislumbrar na fixação da indenização moral por ato praticado contra a honra de uma pessoa é igual à dificuldade que há na quantificação da ofensa moral contra a coletividade. Contudo não se pode abrir mão da noção de que a sua fixação tem a finalidade

de minorar o sofrimento padecido pela vítima, no caso, a coletividade e o caráter educativo de advertência para todos os integrantes da própria coletividade. Assim, não deixe de ser uma sanção. Deve-se levar em conta, inversamente, que a sanção não pode extrapolar a linha do razoável, indo a ponto de destruir economicamente o agressor ou ganhar contornos de confisco patrimonial, o que poderia terminar na inviabilidade do ressarcimento dos lesados diretamente pelos atos do causador do dano.

A valoração do dano e a indenização devem ficar ao alvedrio do magistrado no curso da ação civil pública, ou coletiva, que, no momento oportuno, deverá levar em consideração a espécie de ato lesivo praticado, a repercussão e as conseqüências sociais da lesão para a coletividade e as condições econômicas do infrator.

Em recente decisão, datada de 12 de fevereiro de 2003, o MM. Juiz Federal da 4ª Vara da Justiça Federal de São Paulo – SP, Doutor Aroldo José Washington (ACP nº 98.0038893-1), assim decidiu, *verbis*:

[...]

Passo a conhecer o segundo pedido.

b) Condenar os réus por danos morais, em valor não inferior a dez milhões de reais, destinados ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, de que trata o artigo 13 da Lei nº 7347/85, para aplicação em políticas de informação e defesa do usuário do serviço público;

Nossa época, ostenta uma tendência à coletivização do Direito. O individualismo impregnou o Direito, por todo o século XIX, sobrevivendo a necessidade de harmonizar os conceitos e institutos jurídicos aos novos valores, em ascensão, demasiadamente, arraigados de concepções coletivistas e éticas.

Tal renovação jurídica patenteia-se, no Brasil, em conquista, frente à histórica oposição de forças coletivistas e individualistas. Trata-se de vitória do coletivo sobre o social.

Fruto incontestante, da coletivização do Direito, vem a ser coletivização da concepção de dano moral. Exemplo de grande valia, do dano moral coletivo, traduz-se no dano ao consumidor. Revela lesão ao equilíbrio da sociedade, desencadeada, através das relações de consumo. Agressão

à figura do consumidor afeta a sociedade.

[...]

Diante de todas estas ilações, constatamos que as lesões, aos interesses difusos e coletivos, não só desencadeiam danos materiais, mas, também, danos morais.

O fulcro, da anuência, pelo ordenamento jurídico, do dano moral coletivo decorre, devido ao alargamento de sua concepção. Afasta-se do liame da dor psíquica, exclusividade de pessoas físicas.

A reparação moral exige os instrumentos da reparação material, já que os pressupostos (dano e nexos causal) são os mesmos.

O dano moral coletivo não se restringe à dor e à angústia anímicas, individuais. A admissão disto, induziria ao alquebramento uma admirável construção jurídica, em prol dos ideais de agilização de idéias e riquezas, que despertaram a noção desta figura moral. Consistiria em abandoná-la, ao léu, a esmo, desamparada, às investidas contra a honra objetiva e seu conceito.

Percebe-se, desde logo, a coletividade é passível de indenização, por abalo moral: Não se requer, aqui, dor subjetiva ou estado anímico negativo, caracterizadores, do dano moral, na pessoa física. Podem incidir no desprestígio do serviço público, nome social, boa imagem de nossas leis, ou mesmo o desconforto da moral pública, manifestos no meio social.

Sobressaem-se dois objetivos, na composição do dano moral coletivo: Ressarcimento a coletividade. E o não incentivo à afronta do patrimônio coletivo. Na questão, sob análise, anela-se por arredar do infrator o ímpeto de ferir o direito do consumidor.

A reparação moral deve lançar mão dos, mesmos, instrumentos da reparação material, pois seus pressupostos (dano e nexos causal) são os mesmos.

Na fixação da indenização moral, por ato praticado, contra a honra de uma pessoa, depara-se o dilema, existente, na quantificação, da ofensa moral contra a coletividade. A determinação busca amainar o sofrimento, padecido pela vítima: No caso, a coletividade, não olvidando o

cunho educativo, de advertência, a todos os integrantes, da própria coletividade. Reveste-se, então, da imagem de sanção. Entretanto, esta não pode ultrapassar o patamar do razoável, arruinando, economicamente, o agressor. Ou adquirir feições de confisco patrimonial. Isto acarretaria na inviabilidade do ressarcimento, dos lesados, pelos atos do causador do dano.

O ataque aos valores de uma comunidade, além dos danos materiais que gera, provoca a irrefutável necessidade de reparação moral, na ação coletiva.

Semelhantemente ao dano coletivo material, o dano moral coletivo, somente, virá a ser tutelado, se inserido nas lides coletivas.

Dano moral coletivo indivisível - produzido por ofensas aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade - ou divisível - ocasionado por ofensa aos interesses individuais homogêneos – exigem tutela macro-individual, para salvaguarda de efetiva reparação do bem jurídico.

Do exposto, constatamos que, à maneira do dano coletivo material, o dano moral coletivo clama, pela urgência de reparação, por instrumentos processuais novos. Se ignorados estes instrumentos, impossível a reparação ao dano moral coletivo. Permanecerá a afronta aos valores ideais à sociedade, reduzindo o sentimento de auto estima, que cada pessoa, dela integrante, abriga no íntimo. E daí advirão efeitos nocivos, para o progresso do país.

Deparam-se, na doutrina, exemplos de dano moral coletivo. Esta se refere a danos a interesses difusos ou coletivos, no caso dos consumidores, oriundos da publicidade abusiva, em relação a valores socialmente aceitos. (BITTAR FILHO, Carlos Alberto, Pode a coletividade sofrer dano moral?, in IOB - Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial, n, 15, São Paulo, ago./96.)

O patrimônio moral não se restringe aos valores morais individuais da pessoa física. Assim, a dor psíquica, esteio da teoria do dano moral individual, alonga seu braço, até alcançar o dano moral coletivo: Um sentimento de desapareço, que atinge, de maneira negativa, toda a coletividade. Ocorre, por exemplo, quando a boa imagem

do serviço público, ou o conceito de cidadania de cada brasileiro é afetado.

Difícil orçar a ofensa, desencadeada à sociedade, à credibilidade do Estado, quando não se empregam os instrumentos de reparação do patrimônio moral. Resulta no não reconhecimento de valores sociais essenciais.

Ao sofrer a lesão moral, cabe à coletividade o justo ressarcimento. Do contrário, repentinamente, pode debilitar-se seu patrimônio imaterial.

As indenizações, por dano moral coletivo, reputam-se essenciais, para confirmar, ao brasileiro, o verdadeiro valor do seu patrimônio moral, digno de proteção judicial. O preclaro Dr. Oscar Dias Correa assinala:

“a reparação do dano moral enfatiza o valor e importância desse bem, que é a consideração moral, que se deve proteger tanto quanto, senão mais do que os bens materiais e interesses que a lei protege.” RTJ 108/294.

A reparação do dano moral coletivo representa, para a coletividade, uma conquista. Trata-se do reconhecimento, pelo Direito, de valores sociais, indispensáveis, como a imagem do serviço público, a integridade de nossas leis e outros, que adentram a já aniquilada noção de cidadania do brasileiro.

A reparação do dano moral coletivo traz, em seu âmago, a efetiva cidadania.

Na caracterização, do dano moral coletivo, distinguem-se alguns pressupostos:

a) A ofensa ao patrimônio coletivo, descomedida, desencadeia sensação de repúdio coletivo, ante um fato insustentável. O princípio da insignificância exclui o evento danoso, de parca repercussão, na coletividade.

b) O evento passível de cólera envolve sentimento de ira, opressão da coletividade, detentora de interesse me-taindividual, resguardado, no mandamento legal, que se fustiga.

c) A afronta à coletividade pode acarretar a impossibilidade de diluir o ato danoso. E este assumo tamanho relevo, que seu efeito, acometido à coletividade, irrompa, num verdadeiro tormento, a prolongar-se nas gerações pre-

sentes e futuras. Também, pode evidenciar-se em difícil reparação, atingindo o direito imediato, de uso e gozo, do patrimônio coletivo.

d) A agressão à coletividade produz, muitas vezes, o enfraquecimento do equilíbrio social, cultural e patrimonial, aviltando a qualidade de vida futura.

Os elementos, indigitados, nas letras “a” e “b” precisam apresentar-se, para a caracterização do dano moral coletivo. E, ademais, alguma das hipóteses das letras “c” e “d”. Fixados tais pressupostos, a responsabilidade dar-se-á por culpa objetiva, sobretudo, diante de lesão coletiva, nas relações de consumo.

Ademais, na nossa época, de globalização e divulgação irrestrita de informações! Conhecem-se os frutos da difusão enganosa, crivada de maledicência, infundida nesta. Despojada de vigorosa reação judicial, ensejaria estragos, incomensuráveis, comprometedores da segurança da coletividade.

E tais elementos, aqui, sobejam na inicial.

[...]

Após explanar seus fundamentos jurídicos, requer o autor, dentre os pedidos, delimitando o objeto da ação:

[...]

b) Condenar os réus por danos morais, em valor não inferior a dez milhões de reais, destinados ao Fundo Federal de Defesa dos Direitos Difusos, de que trata o artigo 13 da Lei n. 7347/85, para aplicação em políticas de informação e defesa do usuário do serviço público;

É de rigor a procedência da ação, neste ponto.

Tais dados, não foram desmentidos, em todo o curso do processo. Antes, confirmados. Confira a lista entregue, pela Telesp, às fls. 7672/7740

As dificuldades, provindas, da subjetividade das soluções, a serem determinadas, não devem impor motivo, para a inexistência do direito, devido a esse fundamento. O intuito da reparação, dos danos extrapatrimoniais, não repousa, em fatores de reposição, senão de compensação.

Cabe ao magistrado, a tarefa da valoração do dano e a indenização. Este ponderará sobre a espécie de ato lesivo praticado, sua repercussão, as conseqüências sociais da lesão, para a coletividade e condições econômicas do infrator. Desastrosa uma postura antagônica, de modo a impedir a apuração do justo ressarcimento. O dano moral é incomensurável, mas tal embaraço, não pode tornar-se óbice, à aplicação do direito e sua justa reparação. Constitui-se num desafio ao juiz. Este empregará o art. 5.º da LICC e do art., 125 do diploma processual civil. O non liquet merece distanciamento.

Cumpra ao magistrado, assim, estimar o valor da reparação de ordem moral, acolhendo os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e – indefectivelmente - o do não incentivo à prática do dano, que gerou a indenização.

O notável Dr. Serpa Lopes observa ser tarefa do juiz a busca da soma harmônica à compensação desejada:

“Cabe ao juiz, pois, em cada caso, valendo-se dos poderes que lhe confere o estatuto processual vigente, com base na teoria do desestímulo, bem como das regras da experiência, analisar as diversas circunstâncias do caso concreto e fixar a indenização adequada aos valores em causa.” (LOPES, Serpa. Curso de Direito Civil, v. V, 2.a ed.)

O grau de culpa, a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, a intensidade do sofrimento, acarretado à vítima, também, são apreciados, visando ao não incentivo de novas agressões ao bem juridicamente tutelado.

O autor, na inicial, esclarece:

[...]O fim destes abusos reduziria a absurda e imoral lucratividade que os concessionários têm obtido às custas da fragilidade e da ausência de informação do consumidor.

Enfim, o que se busca é tornar realidade a defesa do consumidor, hoje exposto às práticas abusivas mercê das vacilações e inconstâncias administrativas, a despeito do reconhecimento do problema.”

Assim, é de rigor a condenação, em danos morais, a EMBRATTEL e a TELESP PARTICIPAÇÕES (TELESP – TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A). Exemplo,

cristalino, de ofensa, ao direito do consumidor, brota às fls. 7672/7740, com a juntada de rol, dos assinantes, da TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO, que tiveram linhas, canceladas, e depois, religadas, em virtude do 0900/900.

O fato é que o “apagão” provocado pela CELESC deixou às escuras a população da Ilha de Santa Catarina por aproximadamente 55 horas no final de outubro de 2003. A população que vive, estuda, trabalha na Ilha ou nos municípios da “Grande Florianópolis”, foi surpreendida às 13h 30min do dia 29 de outubro de 2003 pela falta de energia elétrica na cidade, que só voltou no dia 31 de outubro de 2003, às 20h e 5min, para novamente faltar a partir das 19h 30min às 23h do dia 1º de novembro de 2003, causando indiscutíveis transtornos às pessoas físicas e jurídicas, já que Florianópolis ficou 79,5% às escuras.

Inicialmente, acreditava-se que o caso não fosse tão grave, mas logo que vieram as primeiras informações, verificou-se que era gravíssima a situação e iniciou o CAOS NA ILHA, como noticiado pelo Diário Catarinense do dia seguinte, 30 de outubro de 2003, *verbis*:

Quarta-feira, 29 de outubro, os relógios da Beira Mar Norte, na Capital, param de funcionar às 13h16. É o horário em que a fragilidade do sistema de abastecimento de energia elétrica da Ilha de Santa Catarina começa a ser exposto à população.

A partir de então, engarrafamentos, acidentes, falta de transportes coletivos, escuridão total nos terminais de passageiros, milhares de pessoas retornando do trabalho para casa a pé na escuridão, cancelamento de vôos, assaltos, “arrastões” (como foi o caso na Via Expressa, no continente), estupros, furtos, falta de água, impossibilidade de preparo de alimentos, de tomar banho, elevadores parados, telefones fixos e celulares mudos, computadores desligados, alimentos descongelados e apodrecidos, falta de combustíveis, cirurgias adiadas, aulas suspensas, enfim, um verdadeiro e inesquecível CAOS vivido pelos florianopolitanos, pelos turistas e inúmeros empresários que se encontram a trabalho na cidade, apenas com o precário funcionamento dos serviços essenciais, inclusive com o difícil deslocamento das pessoas que queriam deixar a ilha. Parte desse difícil momento vivenciado pela sociedade encontra-se retratada pelas imagens que constam do incluso CD (doc. 9), cuja gravidade ímpar obrigou a prefeita municipal a decretar “ESTADO DE EMERGÊNCIA” ao Município (vide doc. 8).

Na ocasião, aconteciam na cidade eventos internacionais (etapa do Cam-

peonato Mundial de Surf e Feira de Tecnologia), tendo o “apagão” acarretado sérios prejuízos para a imagem de Florianópolis, a nível nacional e mundial, e aos empresários e comerciantes que investiram nas suas organizações ou para atendimento dos consumidores (restaurantes, bares, lojas etc.).

Não são do Ministério Público Federal e do Estado de Santa Catarina as frases, a seguir transcritas, mas da imprensa, que tão bem acompanhou, desde os primeiros momentos, tudo o que acontecia na cidade, até novos fatos ocorridos após o estabelecimento da energia elétrica na Ilha (cujas cópias das notícias seguem inclusas - docs. 458/514):

“Explosão e fogo na ponte assustam” – 9/12/03.

“Horível viver desse jeito” – 9/12/03.

“Deveriam ter planejamento” – 9/12/03.

“É impossível se sentir segura” – 9/12/03.

“Maior prejuízo de comerciantes foi com alimentos estragados” – 15/11/03.

“Ligação de energia na Capital é frágil” – 7/11/03.

“Aneel diz que a demora é “gravíssima” – 4/11/03.

“Caos, agora, é entrar e sair da ilha” – 4/11/03.

“A vida se transforma sem energia elétrica” – 02/11/03.

“Turismo apreensivo com o apagão” – 02/11/03.

“Fragilidades são colocadas à mostra” – 02/11/03.

“As fragilidades de Florianópolis” – 2/11/03.

“Falta de água castiga moradores da ilha” – 1/11/03.

“Homens, mulheres, idosos e crianças percorrem quilômetros para garantir higiene e preparação da comida” – 1/11/03.

“Filas atrasam horários de ônibus” – 1/11/03.

“Mulher estuprada durante a segunda madrugada do apagão na Ilha” – 1/11/03.

“Segunda madrugada fica violenta” – 1/11/03.

“Incêndio fere um e destrói casas” – 1/11/03.

“Aneel põe culpa na Celesc e ameaça multar” – 1/11/03.

“Famílias peregrinam em busca de água” – 1/11/03.

“É o fim do pesadelo” – 1/11/03.

“Violência marca segunda madrugada sem luz – 1/11/03.

“Nem tudo voltou ao normal – 1/03/03.

“Ângela diz que cidade precisará de 10 anos para resgatar imagem” – 1/11/03.

“Um pouco da minha alma” – 1/11/03.

“Florianópolis apura prejuízos do apagão – 1/11/03.

“Comércio quer cobrar vendas não realizadas da Celesc” – 1/11/03.

“Vigilância alerta para intoxicações” – 31/10/03.

“Sem energia, transtornos na Joaquina” – 31/10/03.

“Florianópolis em emergência” – 31/10/03.

“Sem água para beber e fazer comida” – 31/10/03.

“Comércio amarga prejuízo; imagem da ilha é abalada” – 31/10/03

“Panificadoras jogam produtos fora” – 31/10/03.

“Com tanques vazios, motoristas enfrentam filas para abastecer” – 31/10/03.

“Fornecimento de energia por um fio” – 31/10/03.

“Tensão na Ilha” – 31/10/03.

“Capital em clima de guerra – Sem lua e água, moradores da ilha vivem dia de pesadelo” – 31/10/03.

“Dia de prejuízos para os comerciantes” – 31/10/03.

“Congestionamentos dominam o trânsito em Florianópolis” – 31/10/03.

“Aulas e transporte coletivo são afetados” – 31/10/03.

“Colombo Salles fica fechada até segunda” – 31/10/03.

“Decretado estado de emergência na Capital” – 31/10/03.

“Madrugada em clima de guerra” – 31/10/03.

“Prejuízo de R\$ 3 milhões por dia” – 31/10/03.

“Luz só depois de 36 h” – 31/10/03

“Capital às escuras” – 30/10/03.

“Moradores correm para comprar velas e pilhas” – 30/10/03.

“Explosão de botijão de gás causou acidente” – 30/10/03.

“Cabos se rompem e provocam blecaute e caos na capital” – 30/10/03.

“Capital enfrenta caos com apagão prolongado” – 30/10/03.

“Hospitais suspendem cirurgias” – 30/10/03.

“Blecaute instala caos na ilha e deixa 300 mil pessoas no escuro” – 30/10/03.

“Blecaute pára ilha” – 30/10/03.

“O caos na Capital” – 30/10/03.

“Caos na Ilha” – 30/10/03.

“Casan avisa que ilha fica sem água” – 30/10/03.

Além disso, a Rádio Guararema 1230 AM, passou, com geradores próprios, a transmitir informações para a orientação da população, uma verdadeira jornada cívica e de utilidade pública, bem como noticiando ao vivo todos os problemas que começam e que se agravaram durante o “apagão”, como comprova o CD anexo (doc. 515 - com programação direta do início do apagão até o religamento, e do novo apagão até o religamento), encaminhado ao Ministério Público, em cumprimento a requisição, e por intermédio do qual foi relatado, passo a passo, o grande sofrimento enfrentado pela população, e a total falta de preparado para debelar os efeitos da incompetência da empresa.

Ouçã Vossa Excelência, com toda a paciência que esse ilustre Magistrado tem, o CD que acompanha esta exordial, uma prova irrefutável do sofrimento enfrentado pela população!

Foram horas de sofrimento e de terror.

Outrossim, nas reportagens feitas ao vivo, com jornalistas, populares, técnicos, empregados da CELESC, enfim, com a população em geral, desde

que a rádio saiu do ar até a volta da energia elétrica, confirmam, sem qualquer possibilidade de contestação, os fatos narrados neste exordial.

Do mesmo modo, acompanham esta petição inicial algumas imagens editadas (docs. 9/ 9A e 9B), extraídas de fitas de vídeo VHS requisitadas pelo *Parquet* às emissoras de televisão, e que demonstram, do mesmo modo, toda a aflição daqueles que viveram, certamente, um dos **piores momentos** de suas vidas.

O que tudo isso significou? Um sentimento de despreço, de perda de valores, de insegurança, uma agressão de conteúdo significativa, sensações de ansiedade, de extrema angústia, uma tensão jamais vista nos moradores da pacata Florianópolis, uma agressão do patrimônio coletivo, que implicou em perigo coletivo, na sensação de repulsa coletiva à situação em que a CELESC colocou os consumidores”; gerou um sentimento de indignação, de opressão da coletividade; um fardo para as gerações presentes e futuras (que passou, efetivamente, a desacreditar na segurança do sistema de transmissão de energia da empresa Concessionária); a sensação de inquietude, agonia, de toda a coletividade, que tem um patrimônio mínimo a ser protegido e que deve ser reparado, quando ofendido.

Em outras palavras, insigne Julgador, significou a ocorrência do DANO MORAL COLETIVO a mais de 400 (quatrocentos) mil pessoas que se encontravam em Florianópolis naquela ocasião.

Como não poderia deixar de ser, abalizada jurisprudência, seguindo a mesma linha de pacífico entendimento doutrinário, tem reconhecido a possibilidade de aplicação do dano moral coletivo, consoante se infere dos excertos reproduzidos a seguir:

DANO MORAL COLETIVO - POSSIBILIDADE - Uma vez configurado que a ré violou direito transindividual de ordem coletiva, infringindo normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho e do trabalhador, é devida a indenização por dano moral coletivo, pois tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade, falta de apreço e consideração, tendo reflexos na coletividade e causando grandes prejuízos à sociedade.³⁰

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO

CIVIL PÚBLICA - ALCANCE - PROVA - SÚMULA 7/STJ - 1. A ação civil pública, ao coibir dano moral ou patrimonial, é própria para censura a ato de improbidade, mesmo que não haja lesão aos cofres públicos. 2. Moralidade pública que, quando agredida, enseja censura. 3. Elementos probatórios examinados e avaliados pelo Tribunal que afastou a improbidade. 4. Necessidade de reexame de prova, o que está vedado na instância especial (Súmula 7/STJ). 5. Recurso Especial não conhecido.³¹

O valor da indenização que ora se pleiteia deve levar em conta o desvalor da conduta, a extensão do dano e o poder aquisitivo das Rés.

O desvalor do procedimento adotado pelas Rés é imenso!

Não se pode conceber que, numa sociedade organizada em que o avanço tecnológico na área de energia elétrica já uma realidade, uma Concessionária de serviço público essencial, cuja obrigação elementar é distribuir energia elétrica de forma contínua e ininterrupta, dê causa à falta de fornecimento de energia por 55 longas horas, em prejuízo de aproximadamente 400.000 pessoas justamente numa capital de Estado. Não se concebe, ainda, que, ocorrido o evento, não tenha havido ágil e eficiente restabelecimento do serviço, por absoluta falta de preparo da Concessionária.

Pior, todo o ocorrido se deu num contexto no qual existe uma Agência Reguladora que deveria obrar igualmente eficiente de modo a fiscalizar e evitar o lamentável evento, o qual, repita-se, era plenamente previsível.

Falhou tanto a Concessionária como a Agência Reguladora em prejuízo do consumidor, que, não obstante a suposta dupla garantia (da CELESC, sob a fiscalização da ANEEL) de “eficiência” depositada no sistema de distribuição de energia, vê-se incrédulo quanto a perspectiva de receber contínua e ininterruptamente energia elétrica em seu lar, local de trabalho, comércio e instituições e espaços públicos.

É dentro desse mesmo quadro que não se pode esconder a grande extensão do dano causado, cuja singular amplitude já restou demonstrada à exaustão ao longo desta inicial.

Não se questiona, outrossim, a capacidade econômica das demandadas, as quais, com orçamento próprio e destinatárias de parte dos polpidos recursos provenientes de tarifas com preços que há muito deixaram de ser módicos, atuam num dos mais promissores ramos de atividade do país, notadamente por se situa-

rem em setor de relevância estratégica inquestionável aos rumos da nação.

O valor da indenização a tais danos morais deve situar-se em patamar que represente inibição à prática de outros atos de ineficiência das Rés. É imperioso que a justiça dê às infratoras resposta eficaz ao ilícito praticado, sob pena de estimular o comportamento infringente mediante o fomento da sensação de impunidade que recai sobre as Rés.

A respeito desse tópico, vale trazer à colação os apontamentos de Carlos Alberto Bittar:

Com efeito, a reparação de danos morais exerce função diversa daquela dos danos materiais. Enquanto estes se voltam para recomposição do patrimônio ofendido, através da aplicação da fórmula danos emergentes e lucros cessantes, aqueles procuram oferecer compensação ao lesado, para atenuação do sofrimento havido. De outra parte, quanto ao lesante, objetiva a reparação impingir-lhe sanção, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. É que interessa ao direito e à sociedade que o relacionamento entre os entes que contracenam no orbe jurídico se mantenha dentro dos padrões normais de equilíbrio e respeito mútuo. Assim, em hipóteses de lesionamento, cabe ao agente suportar as conseqüências de sua atuação, desestimulando-se, com a atribuição de pesadas indenizações, atos ilícitos tendentes a afetar os referidos aspectos da personalidade humana. ..Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito pela jurisprudência pátria, fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se, portanto, de valor que, sentido no patrimônio do lesante, o possa conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida, ou então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida.³²

A propósito, a justa e completa penalização de ambas as demandadas será um marco na história nacional, pois nesse universo em que há inúmeros e diversificados serviços públicos concedidos, tanto as Concessionárias quanto as Agências Reguladoras, de fato submetidas ao império das leis e alheias ao

32 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais: Tendências Atuais*. Revista de Direito Civil n. 74 —RT—pag.15.

manto da impunidade, certamente atuarão com mais eficiência e respeito aos destinatários dos serviços.

Nesse sentido, a prática perpetrada pelas Rés feriu os mandamentos de nosso Direito Pátrio, ofendendo o patrimônio imaterial de toda a coletividade. Cabível, pois, a condenação de ambas à reparação do dano moral coletivo num patamar não inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), valor este que, em homenagem à natureza (real) do instituto, deve ser revertido à população afetada mediante a destinação para a implementação das obras e providências indicadas no tópico seguinte.

Todavia, se assim não entender Vossa Excelência, o produto da condenação deve ser destinado ao Fundo de Reconstituição dos Bens Lesados do Estado de Santa Catarina (Conta Corrente nº 58.109-0, Agência 068-0, Banco BESC).

2.6.2 Tutela Preventiva – antecipação de tutela

A tutela preventiva ora pleiteada tem por objeto, basicamente, a imposição de obrigações de fazer à CELESC e à ANEEL, consubstanciada na adoção de providências e implementação de obras necessárias a evitar a repetição de eventos iguais ou similares ao ocorrido em outubro de 2003.

2.6.2.1 Construção da subestação Mauro Ramos e interligação da subestação Ilha Centro com a Subestação Trindade – fechamento da rede em anel

No subitem 2.3.3.3 supra - de leitura obrigatória para a compreensão do tema - restou cristalino e cabalmente demonstrado que o sistema de distribuição de energia elétrica para a parte insular de Florianópolis é demasiadamente vulnerável, de sorte que se afigura imperiosa a adoção de providências aptas a suprir tamanha deficiência.

Com efeito, consoante se extrai do tópico aqui mencionado (subitem 2.3.3.3) - repita-se, ao qual se remete para evitar desnecessária repetição do que lá foi comprovado à exaustão -, a ilha de Santa Catarina é abastecida por duas únicas linhas isoladas e independentes de distribuição de energia elétrica de 138 kV, o que possibilita afirmar que o comprometimento de uma delas não pode

ser suprido pela outra.

Tal fato foi constatado pelo Relatório de Fiscalização nº 02/2003 da ANEEL (p. 5 do doc. 20), que registrou:

[...] atualmente, com duas linhas isoladas de 138 kV, a Celesc não consegue atender, em caso de perda de qualquer uma das linhas atuais, o abastecimento de energia elétrica da Ilha de Santa Catarina. Isto se deve ao fato de que uma linha isolada está interligando a subestação Palhoça à subestação Ilha Centro e a outra linha isolada de 138 kV está interligando a subestação Palhoça a subestação Trindade. Portanto, mesmo com a informação dos técnicos da Celesc, de que uma linha teria capacidade de atender toda a carga, isso não seria possível, devido ao fato de não existir a interligação entre a subestações de Ilha Centro e Trindade. (sem grifos no original)

A solução para a problemática, que também consta do alvitado relatório, é “A construção da subestação Mauro Ramos e interligações é que irá proporcionar maior confiabilidade ao sistema elétrico pelo fechamento do anel entre a subestação Ilha Centro e Trindade”.

Portanto, somente com a construção da subestação Mauro Ramos e com a interligação da subestação Ilha-Centro (conectada à subestação Palhoça – que fica no continente) a subestação Trindade (igualmente conectada à subestação Palhoça) é que estará suprida a deficiência e justificada a confiabilidade no sistema.

A implementação do projeto e a execução das obras necessárias a eliminar o problema, a par de há muito serem de conhecimento da CELESC e da ANEEL, já haviam sido planejadas pela Concessionária e deveriam ter sido iniciadas em 1999, não fosse a reiterada postergação por parte da empresa, conforme pode se verificar do excerto abaixo, extraído do mencionado relatório da Agência Reguladora:

No plano decenal de expansão 1998/2007 do GCPS-Eletróbrás (página 285) **estava prevista a entrada em operação da obra para o ano de 1999, sendo postergada constantemente pela Celesc, e finalmente prevista no planejamento quinquenal da empresa ciclo 2003-2007, para fevereiro de 2004.** Na fiscalização realizada nos dias

3 e 4 de novembro de 2003 em Florianópolis, constatou-se que a referida obra ainda não tinha sido licitada e, portanto, não iniciada. (sem grifos no original)

De fato, em virtude da referida postergação, outra data para a obra tinha sido fixada, a qual, mais uma vez não foi respeitada, consoante se verifica da menção ao Relatório CCPE/CTET – **07/00** Plano Indicativo de Transmissão da Região Sul – período 2000/2009, feita pelo excelente e elucidativo relatório elaborado pelo Engenheiro Carlos Gallo (doc. 33), elaborado em atendimento à requisição ministerial:

4.3 – O Relatório CCPE/CTET- 07/00 – Plano Indicativo de Transmissão da Região Sul – Período 2000/2009, no item 4.3, às fls. 14, apontou que:

A região de Florianópolis será dotada de maior confiabilidade com o fechamento de um anel em 138 kV entre as subestações Ilha Centro e Trindade, o qual será implantado junto com a SE Florianópolis Mauro Ramos, em 2001, evitando cortes de carga da ordem de 60 MW em emergências. Para 2005, prevê-se a construção da terceira linha, a partir de Palhoça (ELETROSUL) (sem grifos no original).

O mesmo relatório do engenheiro Carlos Gallo aponta outra data (que mais uma vez foi postergada) para a obra, agora mencionando o Relatório CCPE/CTET – **33/2001** – Plano Indicativo de Transmissão da Região Sul – Período 2001/2010:

4.4 – Neste mesmo sentido também se posicionou o Relatório CCPE/CTET- 033/2001 – Plano Indicativo de Transmissão da Região Sul – Período 2001/2010 no item 4.3, às fls. 25, conforme indicado a seguir:

“A região de Florianópolis será dotada de maior confiabilidade com o fechamento de um anel em 138 kV entre as subestações Ilha Centro e Trindade, **o qual será implantado junto com a SE Florianópolis Mauro Ramos 138/13,8 kV, em 2002**, evitando cortes de carga da ordem de 100 MW em emergências. Para 2005, prevê-se a construção da terceira linha, a partir de SE 230/138 kV Palhoça da Eletrosul.” (sem grifos no original).

Ainda reportando-se ao relatório, aludido engenheiro fez a seguinte e

lúcida observação:

4.5 – Vê-se, portanto, que **eram fartos os alertas para a necessidade de se promover reforços no sistema de atendimento à ilha de Santa Catarina, já a partir de 1998, agravando-se com o passar dos anos.** (sem grifos no original)

Na parte conclusiva Carlos Gallo enalteceu o completo descaso da CELESC em efetivamente resolver o problema, ao assentar que

– A subestação Mauro Ramos, a ser construída junto ao morro da cruz, prevista para entrar em operação em jan/2003, **até o presente momento não há nenhuma previsão de início das obras.** Do mesmo modo a LT 138 kV Trindade – Ilha Norte saiu do horizonte dos programas decenais que se seguiram.

– Mesmo tendo sido, as soluções apontadas pelos relatórios decenais supracitados, emitidas com tempo hábil para que a CELESC promovesse os respectivos estudos, projetos, licitações e construções, **até o presente momento não se tem conhecimento de um único estudo conclusivo que estabeleça qual a alternativa mais viável técnica e econômica para efetuar a terceira interligação continente/ilha.**

[...]

– Esta situação quantifica, muito bem, a fragilidade da rede elétrica que atende a Ilha de Santa Catarina e mostra o quão é urgente é a necessidade de se ultimar a implementação das obras previstas, nos planos e programas de expansão, para reforçar este atendimento.

– **O que se conclui de todo este episódio é a pouca importância dada, pela Direção da CELESC, aos estudos elaborados pelos órgãos de planejamento e o descompromisso com as datas ali avençadas, pouco importando as conseqüências advindas de seu não cumprimento.** A expectativa de que fatos como o do dia 29/10 não ocorram e a confiança em uma solução negociada, em tais casos, contribuem para que as soluções definitivas sejam sempre empurradas com a barriga.

Este é o parecer sobre os pontos objeto da consulta, co-

locando-me, desde já, à disposição desta Promotoria para outros esclarecimentos que se façam necessários. (sem grifos no original).

Evidente que outras prioridades também devem existir no cronograma da Concessionária e que é absolutamente natural e previsível a existência de adversidades técnicas, operacionais ou geográficas a dificultarem a implementação das obras.

Ocorre que a necessidade e a urgência na adoção das providências e implementação das obras há muito são conhecidas da CELESC, a qual, na condição de Concessionária de serviço público essencial, tem a “obrigação de fim” de encontrar soluções para os obstáculos e garantir a efetiva confiabilidade no sistema, ou seja, à prestação do serviço contínuo, ininterrupto e de qualidade. Caso contrário, incumbe à Agência Reguladora, no seu mister fiscalizatório, uma vez detectada a incapacidade da empresa em desincumbir-se de suas obrigações contratuais, tomar as medidas legais destinadas a viabilizar o funcionamento de um sistema confiável e seguro, nem que para isso seja necessária a substituição da Concessionária ou intervenção na mencionada Empresa.

O que não se pode conceber é que, passados muitos anos desde a detecção da fragilidade do sistema, a Concessionária não tenha solucionado o problema e nem a Agência Reguladora instado-a a fazê-lo, esta última quedando silente diante das reiteradas evasivas procrastinatórias daquela, que se vale de argumentos que, embora pertinentes, prestam-se para justificar o injustificável.

Nesse contexto, avulta inexorável que o “débito acumulado” com a população de Florianópolis é tanto da CELESC quanto da ANEEL.

Urge esclarecer, por oportuno, que nem mesmo o reparo à mácula antes apontada terá o condão de afiançar a completa confiabilidade no sistema, uma vez que a adoção de outra providência se faz necessária pra tal desiderato, que é a implementação de outra linha de transmissão por caminho distinto das duas já existentes, consoante se observa do excerto do Relatório da ANEEL antes mencionado:

Destaca-se que a construção da subestação Mauro Ramos e, por consequência, o fechamento do anel de 138 kV dentro da Ilha de Santa Catarina, é apenas a etapa inicial de melhoria da confiabilidade no atendimento aos consumidores, pois **a solução definitiva, além da construção do anel de 138 kV, seria uma nova fonte de alimentação**, que

segundo o planejamento quinquenal ciclo 2002-2006, **era a construção da LT 230 kV Palhoça Eletrosul – Ilha Sul, prevista para novembro de 2004, porém retirada do planejamento quinquenal da Celesc, ciclo 2003-2007.**

A informação mais atualizada, é a constante do “Estudo Conjunto Celesc e Eletrosul área leste e planalto de Santa Catarina” que prevê a construção da subestação Florianópolis Ilha em 230 kV, alimentada pela subestação Biguaçu para 2006/2007 e a interligação entre as duas subestações por meio de cabos submarinos.

Cabe ainda ressaltar que, na ação de fiscalização realizada em dezembro de 2002 na Celesc, em resposta ao ofício nº512/2002-SFE-Aneel, de 18 de novembro de 2002, que solicitava da empresa a apresentação dos pontos críticos e obras previstas, a empresa informou que não considerava o atendimento a Ilha de Santa Catarina um ponto crítico e os demais já haviam sido diagnosticados e as soluções estão sendo implantadas. (sem grifos no original)

Como tal providência refoge à atribuição exclusiva da Concessionária e da Agência Reguladora, pois recai principalmente sobre a discricionariedade da União, através do Ministério de Minas e Energia, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e o Ministério Público Federal adiantaram-se em expedir, concomitantemente ao ajuizamento desta ação, Recomendação formal instando os órgãos competentes a providenciarem a confecção da terceira linha de distribuição, razão pela qual alvitrada pretensão não é objeto do presente pedido de obrigação de fazer.

Diante disso, afigura-se perfeitamente cabível e juridicamente viável não só o deferimento do pedido referente ao presente tópico como também da correlata antecipação da tutela, porquanto existentes seus requisitos autorizadores.

De fato, avulta inquestionável reputar-se relevante o fundamento da demanda (*fumus boni juris*), pois o dever de a Concessionária garantir a confiabilidade do sistema, notadamente a prestação do serviço contínuo, ininterrupto e seguro de distribuição de energia elétrica, decorre não só do Contrato de Concessão propriamente dito como também do próprio sistema legal que disciplina a concessão de serviço público.

Ademais, restou comprovada com sobejo a necessidade premente de implementação das obras retro referidas e a viabilidade jurídica de exigir-se

tal obrigação, de sorte que se encontra demonstrada de maneira inequívoca o requisito primeiro estampado no § 3º do art. 84 do CDC.

Dada a natureza preventiva da providência pretendida, o segundo requisito necessário à concessão da medida manifesta-se de uma obviedade franciscana, na medida em que a não implementação da subestação Mauro Ramos e a renitente ausência da interligação da subestação Ilha Centro com a subestação Trindade para o fechamento do sistema em anel pode ocasionar nova interrupção de grande parte do fornecimento de energia elétrica para a ilha de Santa Catarina, de sorte que a ocorrência do fato implica diretamente em ineficácia do provimento final.

Ora, se o que se pretende é impedir a ocorrência de um evento através de medidas preventivas eficazes, sua eventual eclosão retira a razão de ser das medidas, sem prejuízo, por óbvio, de insistência nelas para prevenir acontecimentos futuros. Como, todavia, o que se pretende é evitar o surgimento de quaisquer eventos dessa natureza, a concessão da medida é providência que se impõe, sob pena de absoluta ineficácia do provimento final.

Por fim, cumpre enfatizar que a execução das obras determinadas é de pleno conhecimento da Concessionária, uma vez que os projetos de implementação já foram concebidos há longa data.

Diante disso, deve ser imposta à CELESC a obrigação de fazer, consubstanciada (a) na apresentação, em até 30 (trinta) dias contado da intimação do deferimento da medida, de cronograma onde conste as providências a serem adotadas e obras a serem implementadas para dar cabo à apontada deficiência; (b) na imposição de prazo de até 4 (quatro) meses contado da intimação do deferimento da medida, para ser dado início à execução das obras e de até 2 (dois) anos para a completa implementação da subestação Mauro Ramos e interligações antes mencionadas; (c) a fixação de multa diária pelo descumprimento (§ 4º do art. 84 do CDC) tanto a Concessionária quanto a Agência Reguladora, pois esta última estará quedando silente mais uma vez no seu dever fiscalizatório.

2.6.2.2 Treinamento para aperfeiçoamento de pessoal

Por intermédio do subitem 2.3.3.1.3 supra, foi demonstrado com sobejo que a CELESC, em flagrante desobediência ao um de seus encargos estabelecido na Cláusula Quinta, inciso XIII, do Contrato de Concessão nº 56/99 (doc. 21), há muito não promovia treinamento de seu pessoal, “visando ao constante aperfei-

çoamento para a adequada prestação do serviço de distribuição concedido”.

A importância e necessidade de tal providência para a correta execução de tão relevantes serviços e também para evitar a ocorrência de conseqüências desastrosas caso “algo dê errado nessas tarefas” – e infelizmente ocorreram – prescinde de comentários.

Dessa forma, a situação demanda a necessidade de impor à CELESC a obrigação de fazer, consubstanciada na viabilização de cursos de treinamento e capacitação cuja periodicidade deverá se amoldar à complexidade e particularidades de cada tarefa, para aperfeiçoamento de seu pessoal, mediante a apresentação de cronograma a ser apresentado em juízo em até 60 (sessenta) dias da data da intimação da ordem que impuser tal obrigação, sob pena de imposição de multa diária por descumprimento (§ 4º do art. 84 do CDC) tanto a Concessionária quanto à Agência Reguladora, pois esta última estará quedando silente mais uma vez no seu dever fiscalizatório.

A pretensão aqui exposta, tal qual deduzido no subitem anterior, merece acolhimento antecipado, uma vez que presentes de forma flagrante seus requisitos autorizadores (art. 84, § 3º, do CDC e art. 461 do CPC), quais sejam a relevância do fundamento e o receio de ineficácia do provimento final. Aliás, dada a peculiaridade do caso e proporção de suas conseqüências, apontados requisitos encontram-se ínsitos na própria natureza preventiva da medida no caso concreto, cujos efeitos catastróficos de eventual repetição do evento dispensa maiores delongas em nível de abordagem.

2.6.2.3 Elaboração de plano de emergência

No subitem 2.3.3.2.1. foi demonstrado que a CELESC não possuía um plano de emergência para atender situações tais como a ocorrida em outubro último.

A própria Concessionária foi categórica a admitir a omissão ao consignar na resposta ao Ofício nº 586/2003 expedido pela ANEEL (doc. 15) que “**A CELESC não tem o Plano de Emergência, para o caso de perda de uma linha de transmissão, conforme verificado pela ANEEL**”. Admitiu, ainda, a necessidade de elaborá-lo o quanto antes ao registrar no mesmo documento que “Em respeito a anotação do Relatório SFE, **a CELESC irá, contudo rediscutir internamente, no âmbito da Diretoria Técnica, a viabilidade da criação de uma Plano de Emergência**, com parâmetros genéricos, que possam ser

adotados em todas as situações de emergência.” (sem grifos no original)

Não há dúvida que essa falha da Concessionária encontra eco em igual desacerto da Agência Reguladora, pois esta última, mais uma vez omissa, não exerceu seu mister fiscalizatório na medida em que deixou de identificar apontada mácula e de agir de modo a repará-la antes do blecaute.

Urge, pois, reconhecer a necessidade de instar a CELESC a elaborar apontado plano de emergência e a ANEEL tão somente a avaliar sua operatividade, já que sua omissão de exigí-lo será suprida pela ordem judicial aqui pleiteada.

A par de presentes seus requisitos ensejadores (art. 84, § 3º, do CDC e art. 461 do CPC), o deferimento do pedido de antecipação de tutela a propósito da presente medida preventiva é necessidade que se impõe sem demora, porquanto a elaboração mencionado plano de emergência terá o condão de garantir o pronto restabelecimento do serviço de distribuição na hipótese de nova interrupção.

Como visto, a adoção de tal providência converge não só ao respeito dos consumidores catarinenses, mas também à obrigação de fornecimento contínuo e ininterrupto de energia.

Dessa forma, há que se impor a obrigação de fazer à CELESC, consistente na elaboração de um plano de emergência a ser apresentado em juízo no prazo de 60 (sessenta) dias contado da intimação do deferimento do pedido, com parâmetros genéricos de modo a atender situações similares à vivenciada em outubro de 2003, sob pena de imposição de multa diária por descumprimento (§ 4º do art. 84 do CDC) tanto a Concessionária quanto a Agência Reguladora, pois esta última estará quedando silente mais uma vez no seu dever fiscalizatório.

2.6.2.4 Contratação de seguro das linhas de transmissão

Restou demonstrado no subitem 2.3.3.2.2. supra que a CELESC não cumpriu com o dever previsto na Cláusula Quinta, inciso IV, do Contrato de Concessão (doc. 21) por não ter feito seguro das linhas de transmissão, uma vez que essas instalações, sem dúvida, são essenciais à garantia e confiabilidade do sistema elétrico.

A ANEEL, por sua vez, mostrou-se de uma omissão renitente ao não identificar e exigir o adimplemento de tal obrigação contratual.

Pelas mesmas razões retro apontadas e porque presentes seus requisitos autorizadores (relevância do fundamento da demanda e receito de ineficácia do provimento final), há que ser imposta a obrigação de fazer à CELESC já em sede de antecipação de tutela (§ 3º do art. 84 do CDC e art. 461 do CPC) para, no prazo de até 30 (trinta) dias contado da intimação da liminar, contratar o seguro do equipamento, sob pena de imposição de multa diária por descumprimento (§ 4º do art. 84 do CDC) tanto a Concessionária quanto a Agência Reguladora, pois esta última estará quedando silente mais uma vez em exigir o cumprimento do contrato.

2.6.2.5 Monitoramento por câmeras de vídeo do acesso às galerias da ponte Colombo Machado Salles e outras medidas protetivas

O trágico acontecimento revelou a completa fragilidade do sistema no que tange a possíveis sabotagens nas linhas de distribuição de energia elétrica situadas no interior da Ponte Colombo Machado Salles.

O acesso ao interior das galerias é demasiada e inexplicavelmente fácil, de sorte que qualquer pessoa poderá se dirigir àquela localidade e dar causa, sem nenhuma dificuldade, à nova interrupção de energia elétrica.

Necessário se faz, portanto, a imposição de obrigação de fazer à CELESC, de modo a instá-la a instalar desde logo – eis que presentes os requisitos da antecipação da tutela (art. 84, § 3º do CDC e art. 461 do CPC) – sistema de monitoramento e controle de acesso às galerias por via de câmeras de vídeo, além de outras medidas de segurança igualmente pertinentes, as quais deverão ser implementadas no prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias contado da data de intimação da medida, sob pena de multa diária (art. 84, § 4º, do CDC).

3 REVERSÃO DA MULTA IMPOSTA PELA ANEEL A CELESC

Em virtude das investigações, inclusive *in loco*, procedidas pela ANEEL por intermédio das quais objetivou apontar a responsabilidade pelo evento iniciado em 29/10/2003, mencionada Agência Reguladora, calcada em sólidos elementos de prova, concluiu que

Ficou comprovado, portanto, que a interrupção no fornecimento de energia elétrica à ilha de Santa Catarina ocorreu devido a não observância, por parte dos técnicos da Celesc, das normas e procedimentos da empresa para este tipo de manutenção que determinavam:

A monitoração/verificação da existência de gases no ambiente da manutenção;

A utilização de exaustor ou ventilação forçada.

Além disso, também ficou comprovado que a Celesc não atendeu as advertências do fabricante da emenda, Raychen Produtos Irrradiados Ltda. integrante do Manual de Procedimentos citados anteriormente, que informava:

“Antes de acender o maçarico, certifique-se da inexistência de gases ou líquidos inflamáveis no local de trabalho;

Consulte as práticas aprovadas pela sua empresa para procedimento de limpeza e ventilação da área de trabalho”. (p. 10 do Auto de Infração nº 001/2004-SFE – doc. 25)

Com base nessas conclusões e em todos os demais elementos coletados no procedimento investigatório, a partir do Relatório de Fiscalização 02/2003 a ANEEL expediu o Auto de Infração nº 001/2004 (doc. 25), em desfavor da CELESC, por vilipêndio ao inciso IV do artigo 6º da Resolução 318, de 6/10/98, que estabelece:

Art. 6º - Constitui infração, sujeita à imposição da penalidade de multa do Grupo, III, o fato de:

[...]

IV - Não realizar as obras necessárias à prestação de serviço adequado, assim como não manter e operar satisfatoriamente as instalações e os equipamentos correspondentes.

O art. 1º da Resolução Normativa 46, de 10 de março de 2004, emitida pela ANEEL (doc. 516), a seu turno, alterou a redação do art. 1º da Resolução 459, de 5 de setembro de 2003 (doc. 517), que passou a vigorar com o seguinte conteúdo:

Art. 1º Os recursos provenientes dos pagamentos reali-

33 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 32.

zados a título de uso de bem público (UBP) e das multas aplicadas pela ANEEL aos agentes do setor de energia elétrica serão utilizados, enquanto requerido, exclusivamente, para dar suporte à implantação do Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica – “LUZ PARA TODOS”.

§ 1º Os recursos a que se refere o *caput* são aqueles oriundos de pagamentos ocorridos desde 29 de abril de 2002, que devem ser efetivados à conta-corrente ELETROBRÁS-CDE, conforme estabelecem os arts. 28, § 1º, 29 e 41 do Decreto nº 4541, de 2002, a serem controlados e movimentados em separado pela ELETROBRÁS.

[...]

Pois bem, a *actio* em tela tem como um de seus nortes a reversão da multa imposta à CELESC em benefício da população de Florianópolis, atingida que foi por toda sorte de malefícios derivados do episódio retratado nessa exordial. Assim, para que possa ser apreciado tal pleito, torna-se necessário o prévio exercício do controle incidental de constitucionalidade sobre o preceito legal acima citado (Resolução nº 46 da ANEEL).

Destaque-se, desde logo, que a declaração incidental, com eficácia *inter partes*, não é, em absoluto, controle direto da constitucionalidade, mas difuso, a ser realizado por cada Juízo, no âmbito de suas competências.

“*Há controle difuso*”, explica Ferreira Filho, “*quando a qualquer juiz é dado apreciar a alegação de inconstitucionalidade*”. Trata-se de sistema que “*se coaduna com a idéia, difundida por Marshall, de que o juiz resolve a questão da constitucionalidade como se tratasse de um mero caso de conflito de leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto*”.³³

Como é cediço, no Brasil ambos os métodos de controle da constitucionalidade são admitidos e são compatíveis entre si, pois a legitimidade para a provocação e os efeitos deles derivados são distintos.

Nos dizeres de José Afonso da Silva,

34 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 50 e 52.

35 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 138.

“[...] temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade”. No controle por exceção, “qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo.” Já a ação direta de inconstitucionalidade apresenta-se sob três modalidades: a) a interventiva; b) a genérica, de competência do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça em cada Estado destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal, estadual ou municipal, conforme o caso, tendo por objetivo expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical; e c) a supridora de omissão. Quanto aos efeitos, na via de exceção “a arguição de inconstitucionalidade é questão prejudicial e gera um procedimento incidenter tantum”. A sentença respectiva “faz coisa julgada no caso e entre as partes”. A decisão em ação direta de inconstitucionalidade “deverá ter eficácia erga omnes (genérica) e obrigatória”.³⁴

Vê-se, pois, que não há dependência recíproca entre o controle difuso e o controle concentrado da constitucionalidade. Para decidir questão incidental não há necessidade de aguardar-se o deslinde de eventual ação direta. Fazê-lo significa ferir o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “*excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito*” (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126).³⁵

A coexistência de ambos os controles é naturalmente aceita pelos Tribunais pátrios, tal qual pode se verificar do excerto colhido do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Apelação Cível — Ação cominatória para cumprimento de obrigação de não fazer, com pedido de liminar e ação de repetição de indébito — Celesc — Taxa de Iluminação Pública — Controle de constitucionalidade difuso — Desnecessida-

36 Apelação Cível nº 98.018224-7, de Timbó – Câmara Cível Especial – Rel. Des. Solon d’Eça Neves – j. 23-6-99 – publ. 13-9-00.

de de declaração da inconstitucionalidade via ação própria (ADIn.) — Tributação descabida — Pedido de restituição acolhido — Recurso e remessa desprovidos.³⁶

No acórdão lê-se:

É do escólio de Humberto Theodoro Júnior: “No direito brasileiro, o controle da constitucionalidade das leis é feito de duas maneiras distintas pelo Poder Judiciário: pelo controle incidental e pelo controle direto. Dá-se o primeiro quando qualquer Órgão Judicial, ao decidir alguma causa de sua competência, tenha que apreciar, como preliminar, a questão da constitucionalidade da norma legal invocada pela parte. A segunda espécie de controle é da competência apenas do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais dos Estados e refere-se à apreciação da lei em tese. Aqui, o vício da inconstitucionalidade é diretamente declarado; por isso, fala-se em ação declaratória de inconstitucionalidade” (in “Curso de Direito Processual Civil”, vol. I, pág. 670). Acrescenta-se o texto inserto na JC 64, pág. 25, retirado de palestra proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Sidney Sanches: “Observadas as normas processuais, o Juiz, de qualquer instância, pode e deve reconhecer para os efeitos do julgamento, que a ela está submetido, a inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica inferior. Trata-se de julgamento incidental. Vale dizer: a inconstitucionalidade é apenas afirmada para a solução do caso concreto, sem eficácia erga omnes. É de se observar que o juiz singular pode declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ou administrativo federal, estadual ou municipal, no julgamento de causa que lhe cabe, com eficácia inter partes”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não destoa do entendimento aqui defendido. *Mutatis mutandi*, em hipótese submetida à apreciação do Judiciário do Estado de São Paulo, o magistrado de primeiro grau julgou procedente pedido deduzido em ação civil pública promovida pelo Ministério Público estadual, vindo a declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Município de Sorocaba, de modo a reduzir-se

37 Supremo Tribunal Federal – Rcl 1733/MC/SP – Rel. Min. Celso de Mello – j. 24-12-00. Grifo nosso.

o número de vereadores de vinte e um para quatorze. Independente do recurso cabível foi interposta Reclamação perante o Supremo, sob a alegação de ter havido usurpação da competência dessa Corte, porque a pretensão ministerial *não é apenas a de uma declaração incidental de inconstitucionalidade, que valeria tão-só para as partes litigantes, mas, sim, a declaração de inconstitucionalidade, que espargirá seus efeitos ‘erga omnes’ sobre toda a coletividade, sobre todos os cidadãos*”, sendo, em última análise, *“disfarçada utilização de ação direta de inconstitucionalidade pelo Ministério Público, em sede de ação civil pública, com o objetivo de reduzir o número de Vereadores, em ofensa à autonomia municipal de auto legislar”*.

Decisão do Min. Celso de Mello fulminou a pretensão do reclamante, entendendo que se a controvérsia constitucional se qualificar como simples questão prejudicial, a ação civil pública é meio idôneo para levantá-lo. *Verbis*:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina.³⁷ (sem grifos no original)

No corpo da decisão estratificou a Corte Excelsa a viabilidade de utilização da ação civil pública como meio idôneo para o controle difuso da constitucionalidade das leis:

A discussão em torno desse tema impõe algumas reflexões, que, por necessárias, apresentam-se indispensáveis à apreciação da controvérsia suscitada nesta sede processual. É inquestionável que a utilização da ação civil pública como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, além de traduzir situação configuradora de abuso do poder de

demandar, também caracterizará hipótese de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento - que encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (ARNOLDO WALD, “Usos e abusos da Ação Civil Pública - Análise de sua Patologia”, in Revista Forense, vol. 329/3- 16; ARRUDA ALVIM, “Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação”, p. 152-162, vários autores, 1995, RT; HUGO NIGRO MAZZILLI, “A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, p. 115/116, item n. 7, 12ª ed., 2000, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, p. 565/567, item n. 9.1.4, 7ª ed., 2000, Atlas; GILMAR FERREIRA MENDES, “Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade”, p. 396/403, item 6.4.2, 2ª ed., 1999, Celso Bastos Editor; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, “Ação Civil Pública”, p. 74/77, item n. 8, 2ª ed., 1999, Lumen Juris, v.g.) - reflete-se, por igual, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, somente exclui a possibilidade do exercício da ação civil pública, quando, nela, o autor deduzir pretensão efetivamente destinada a viabilizar o controle abstrato de constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo (RDA 206/267, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - Ag 189.601-GO (AgRg), Rel. Min. MOREIRA ALVES). Se, contudo, o ajuizamento da ação civil pública visar, não à apreciação da validade constitucional de lei em tese, mas objetivar o julgamento de uma específica e concreta relação jurídica, aí, então, tornar-se-á lícito promover, incidentaliter tantum, o controle difuso de constitucionalidade de qualquer ato emanado do Poder Público. Incensurável, sob tal perspectiva, a lição de HUGO NIGRO MAZZILLI (“O Inquérito Civil”, p. 134, item n. 7, 2ª ed., 2000, Saraiva): “Entretanto, nada impede que, por meio de ação civil pública da Lei n. 7.347/85, se faça, não o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, mas, sim, seu controle difuso ou incidental. (...) assim como ocorre nas ações populares e mandados de segurança, nada impede que a inconstitucionalidade de um ato normativo seja objetada em ações individuais ou coletivas (não em ações diretas de inconstitucionalidade, apenas), como causa de pedir (não o próprio pedido) dessas ações

individuais ou dessas ações civis públicas ou coletivas.³⁸
(sem grifos no original)

E mais adiante:

A ação direta de inconstitucionalidade é instrumento de controle concentrado da constitucionalidade; por outro lado, a ação civil pública, como todas as ações individuais ou coletivas, mesmo sendo um instrumento de processo objetivo para a defesa do interesse público, é instrumento de controle difuso de constitucionalidade.

No mesmo sentido, ainda, outros precedentes do Supremo Tribunal Federal: Rcl. 554-MG, Rel. Min. Mauricio Corrêa, Rcl. 611-PE, Rel. Min. Sydney Sanches.

Conveniente ressaltar que não se objetiva a invalidação em tese das normas em questão, o que, como visto, seria inviável em sede de Ação Civil Pública, mas sim o reconhecimento incidental da sua inconstitucionalidade, como premissa da decisão de mérito a ser proferida, que culminará com a reversão dos valores relativos à multa aplicada pela ANEEL a CELESC em benefício da sociedade florianopolitana.

Noutro prumo, impende recordar que o que faz coisa julgada na sentença é a parte dispositiva e não o seu fundamento. E mais, que o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma integra o fundamento da decisão e não a sua parte dispositiva, não se estendendo a ele os limites objetivos da coisa julgada. Portanto, pela Ação Civil Pública não se declara, em tese, incompatibilidade de ato normativo com a Constituição, mas sim se afasta a aplicação da norma em questão, no contexto de um conflito intersubjetivo, que no caso se reveste de caráter coletivo. Não há, portanto, invasão de competência da Corte Suprema, mas sim o exercício do dever indeclinável do Judiciário de zelar pela supremacia da Constituição, nos casos concretos que lhe são submetidos.

Nesse sentido a lição de Luis Roberto Barroso:

No processo de ação civil pública ou coletiva, a aferição da constitucionalidade de determinada norma se faz de modo difuso. O Juiz atua para solucionar o caso concreto que lhe é submetido, consistindo a apreciação da constitu-

39 *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4. ed ; São Paulo: Renovar, p. 241-242.

cionalidade ou não da norma em mera questão prejudicial que vai subordinar logicamente a decisão a ser proferida de acordo com o pedido formulado. O objeto da ação não é a pronúncia de inconstitucionalidade, e sim a solução do conflito de interesses. A questão da constitucionalidade não faz coisa julgada porque, como se disse, a manifestação do órgão jurisdicional sobre a constitucionalidade da norma é questão prejudicial, cuja apreciação, decidida incidentalmente no processo, não faz coisa julgada, a teor do art. 469, III, do Código de Processo Civil. Logo, não há como lhe atribuir efeitos erga omnes que se limitam à parte dispositiva da sentença.

Portanto, e em conclusão [...], penso que em ação civil pública ou coletiva é perfeitamente possível exercer o controle incidental de constitucionalidade, certo que, em tal hipótese, a validade ou invalidade da norma figura como causa de pedir e não como pedido. É indiferente, para tal fim, a natureza do direito tutelado – se individual homogêneo, difuso ou coletivo -, bastando que o juízo de constitucionalidade constitua antecedente lógico e necessário da decisão de mérito.³⁹

Também é conveniente ressaltar a possibilidade de exercitar-se o controle de constitucionalidade do art. 1º da Resolução Normativa nº 459, de 5/9/2003 com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º da Resolução 46, de 10/3/2004, ambas da ANEEL. Embora a Resolução em questão não seja lei em sentido estrito, por certo constitui norma jurídica em sentido lato, vez que disciplina em concreto os termos da Lei nº 9.427/96 com as modificações que lhe foram introduzidas pela Lei nº 9.648/98. Não é a toa que o art. 102, I, *a* da Constituição Federal, que trata do controle abstrato de constitucionalidade, estabelece que estão sujeitos ao controle de constitucionalidade as leis e os atos normativos. A teor do dispositivo:

Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

O art. 59, da Magna Carta, por sua vez, define como espécies normativas as

leis complementares; as leis ordinárias; as leis delegadas; as medidas provisórias; os decretos legislativos e as resoluções.

Ora, se assim é, nos parece claro que *Por “leis” hão de entender-se todas as espécies previstas no art. 59*, em razão do que se cristaliza a possibilidade de se exercer o controle difuso de constitucionalidade da Resolução Normativa nº 46.

E a inconstitucionalidade da Resolução em questão é evidente. Tanto no plano formal quanto no plano material, são encontradas eivas que lhe fulminam de morte.

3.1 Da Inconstitucionalidade Formal do art. 1º da Resolução nº 459/2003, com a alteração procedida pelo art. 1º da Resolução Normativa nº 46/04, ambas da ANEEL

No plano formal, resplandece a usurpação pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL do poder regulamentar entregue com exclusividade ao Chefe do Executivo Federal.

Com efeito, de acordo com o art. 84, IV, da Carta Federal:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

[...]

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Tem-se, portanto, que, à exceção das competências elencadas no parágrafo

40 *Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Franquias, Terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 153.

41 MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 41.

único, nenhuma outra é passível de delegação. Diante disso, depreende-se que o poder de regulamentar as leis, fazendo expedir decretos e regulamentos que dêem margem a sua consecução prática e, nos estritos limites por elas definidos, pertence unicamente ao Chefe do Poder Executivo.

Como ensina Maria Sylvia ZANEELa Di Pietro,

Por isso mesmo, quando a Constituição , no art. 87, parágrafo único, inciso II, outorga aos Ministros de Estado competência para expedir instruções normativas para a execução das leis, decretos e regulamentos, tem-se que entender que essas instruções não têm a mesma natureza regulamentar que os regulamentos baixados pelo Chefe do Executivo. Essas instruções são atos normativos de efeitos apenas internos, dirigidos aos próprios órgãos que compõem o Ministério.

Da mesma forma que os Ministérios, outros órgãos administrativos de nível inferior têm reconhecidamente poder de praticar atos normativos, como portarias, resoluções, circulares, instruções, porém nenhum deles podendo ter caráter regulamentar, à vista da competência indelegável do chefe do Poder Executivo para editá-los”.

E continua a professora:

Por isso mesmo, esses atos normativos somente são válidos se dispuserem sobre aspectos exclusivamente técnicos, muitas vezes fora do alcance do legislador e sem conteúdo inovador, ou se limitarem seus efeitos ao âmbito interno da Administração, como forma de instruir os subordinados sobre a forma de cumprir as leis e os regulamentos. Eles não podem estabelecer normas inovadoras na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, punições, proibições, porque isso é privativo do legislador, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade previsto nos art. 5^º, II e 37, caput, da Constituição;⁴⁰

Neste ponto, cumpre realçar que a função precípua das agências de que se cuida, em especial da ANEEL, é de regular o setor sob sua esfera de influência. Regular não é o mesmo que regulamentar. Regular “é o ato de sujeitar a regras em geral, mais aproximado do sentido de normatizar”, enquanto regulamentar é

42 MORAES, Alexandre de. Op. Cit. p. 41.

“o ato de sujeitar a regulamentos, especificamente, cuja edição é da competência privativa dos Chefes do Executivo, mediante seu ato administrativo característico, que é o Decreto”.⁴¹

Assim, não obstante seja dado às agências normatizar a atividade de sua competência, regulando as questões estritamente técnicas da área, é certo não lhe ser dado regulamentar a atividade, completando os vazios legislativos e dando concretude à lei. Como já se frisou, esta é atribuição exclusiva do Chefe do Poder Executivo, a quem toca o dever de impulsionar o cumprimento da lei, muitas vezes, através de seu esclarecimento.

Destarte, como afirma Edmir Netto de Araújo,

O Poder Normativo das agências reguladoras (não regulamentadoras) vincula-se às normas legais pertinentes, sem inovar na ordem jurídica, e não é o de regulamentar leis e muito menos situações jurídicas autônomas (leis em sentido material) que criem direitos, deveres ou penalidades. Não é por outra razão que a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso II, garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei⁴².

Não há, pois, como regulamentar leis ou inovar na ordem jurídica sem ferir de morte os princípios da legalidade e da separação de poderes. Consoante dispõe o art. 5º, II, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:

...

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

E no art. 2º, estratifica a Carta Federal:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Nesse viés, todo e qualquer ato normativo que rasgar os limites traçados no art. 84, IV da Carta Máxima, dando margem a usurpação das competências

43 DI PIETRO Maria Sylvia Zanella. Op. Cit. p. 154.

nele definidas, assaca os princípios da Harmonia e Tripartição dos Poderes da República e da Legalidade, vilipendiando de maneira reflexa a própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

Discorrendo sobre a exuberância com que florescem as agências reguladoras no país, a Juíza Federal, Dra. Vanessa Vieira de Mello, adverte:

Essas agências albergam, concomitantemente, funções normativas, executivas, fiscalizatórias e sancionatórias.

Surgem dúvidas referentes à manutenção do princípio da separação de poderes, na medida em que se concentra toda uma gama de poderes distintos a um mesmo ente. São órgãos que podem normatizar, executar diretrizes, fiscalizar o cumprimento de metas e impor sanções para aqueles que eventualmente venham a descumprir as normas impostas.

Por outro lado, tais normas não são leis. Não advêm de um Parlamento, não têm votação, mas veiculam sanções. Então, difícil se torna enquadrar a obrigatoriedade do cumprimento das normas advindas das agências em um Estado erguido sobre a pilastra do princípio da legalidade. Devemos estar atentos para a eventual quebra do princípio da legalidade. Devemos estar atentos para a eventual quebra do regime democrático, pedra angular do sistema jurídico vigente”

Não foi outra razão, senão o desejo de preservar as competências constitucionais, garantia de manutenção da própria democracia, que inspirou a redação do art. 25, da Constituição Federal, através do qual foram revogados todos os dispositivos legais que delegavam a outros órgãos competências entregues pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a ação normativa.

Certo é que alguns órgãos podem baixar atos normativos com base no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, desde que tenham recebido essa competência antes da Constituição de 1988 e o prazo para a vigência das leis que fizeram a delegação tenha sido prorrogado, conforme previsto no dispositivo. A competência, nesses casos, há de ser exercida nos limites em que foi delegada por lei. Fora desses casos, as normas têm que se limitar a aspectos puramente técnicos, não definidos pelo legislador

44 Agência Reguladora. Jus navegandi, Teresina, a.6, n. 59, outubro de 2002. Disponível em : <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3339>

e que não alterem o alcance da lei, ou têm que ter efeito exclusivamente interno, limitado ao próprio âmbito do órgão, sob pena de inconstitucionalidade, por infringência ao princípio da legalidade e invasão em área reservada ao legislador⁷⁴³.

É nesse contexto constitucional, extremamente restritivo, que aflora a Resolução Normativa nº 46/2004 da ANEEL.

O ato normativo em questão, a pretexto de dar destino aos recursos arrecadados pela agência com a imposição de multas às concessionárias, extrapolou os limites da Lei nº 9.648/98, que acometeu à ANEEL a atribuição de *fixar multas administrativas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica (art. 4º)*, e bem assim do Decreto Presidencial nº 2.335/97, que regulamentou a lei instituidora da agência, entregando-lhe a competência para *impor a sanção de multa e definir os procedimentos administrativos necessários a sua aplicação, cobrança e pagamento (art. 17, parágrafo primeiro)*.

O art. 1º da Resolução nº 459/03, alterado pelo art. 1º da Resolução nº 46/04, ao determinar que os recursos arrecadados com a cobrança de multas devem ser utilizados, enquanto requerido, exclusivamente, para dar suporte à implantação do Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica – “LUZ PARA TODOS”, ultrapassou os limites técnicos sobre os quais lhe era lícito dispor, fazendo inserir no ordenamento, por meio absolutamente inadequado, critérios político-administrativos em evidente intromissão na esfera de decisões do Chefe do Poder Executivo, quiçá do Legislativo. A respeito, aliás, realça o Professor José Maria Pinheiro Madeira: “*Ultrapassar os limites técnicos ao acrescentar as normas reguladoras critérios político-administrativos onde não deviam existir, caracterizará invasão de poder próprio à esfera de decisões do poder legislativo*”⁷⁴⁴.

Pois bem, foi o que fez o art. 1º das Resoluções questionadas. Usurpando o poder regulamentar privativo e indelegável do Presidente da República de editar decretos que preencham as normas legais em branco, indicando as opções político-administrativas a serem perseguidas e dando às Leis nºs 9.648/98 e 9.427/97 a concretude de que necessitam para viger em sua plenitude, os atos normativos questionados inovaram na ordem jurídica, criando obrigação – destinação dos recursos oriundos das multas aplicadas pela ANEEL às suas Concessionárias na execução do Programa Luz para Todos – inexistente nas

leis de regência e nos decretos que as regulamentam.

E nem se diga que o Decreto nº 2.335/98, em seu art. 17, parágrafo primeiro, ao entregar à ANEEL a faculdade de definir os procedimentos administrativos necessários à aplicação das penalidades, a sua cobrança e ao pagamento das multas, entregou também o poder de definir onde deveria ser aplicado o montante arrecadado a título de multa. Primeiro porque tal potestade ultrapassa a simples definição de procedimentos administrativos tendentes à operacionalizar o pagamento ou, na sua falta, a cobrança dos valores devidos a título de multa. Da mesma maneira, transborda o raso estabelecimento dos pormenores procedimentais a serem seguidos para a aplicação da sanção. Cuida, isso sim, da definição de opção administrativa a respeito da qual o Decreto nº 2.335/97 dispôs diferentemente. De acordo com o parágrafo sexto, do art. 17 do edito em epígrafe:

Art. 17. [...]

§ 6º Os valores arrecadados pela ANEEL, provenientes da aplicação de multas, poderão ser parcialmente utilizados para financiamento de atividades institucionais dos Conselhos de Consumidores de energia elétrica.

Fica, portanto, claro que o tema encartado no art. 1º da Resolução nº 459/03, alterado pelo art. 1º da Resolução nº 46/04, versa sobre opção político-administrativa que refoge aos aspectos meramente técnicos sobre os quais pode e deve a agência regular, razão pela qual ressaí nítida a violação do art. 84, IV, da Carta Maior e bem assim do Princípio da Harmonia e Tripartição dos Poderes (art. 2º da CF), até porque contrastante com os termos do Decreto.

Segundo porque, mesmo se assim não fosse, e tivesse o Presidente entregue à ANEEL a tarefa de completar a lei, a competência regulamentar do Chefe do Poder Executivo para a edição de decretos é, a teor do art. 84, IV, da Constituição Federal, indelegável, o que nos remete mais uma vez a irrefragável inconstitucionalidade do dispositivo, cuja declaração incidental se impõe.

Dessa forma, há que ser declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução nº 459/03, cuja atual redação foi dada pelo art. 1º da Resolução nº 46/04 – igualmente inconstitucional, aliás, pelos mesmos motivos –, para efeito de determinar que o valor resultante da aplicação da multa ora noticiada deve ser revertido para os consumidores de Florianópolis, afetada que foram pelas conseqüências deletérias do blecaute, notadamente porque o

numerário deverá se prestar para viabilizar a implementação de obras e adoção de providências no sentido de prevenir a ocorrência de novos eventos de igual natureza.

Na hipótese, todavia, de entender-se que a reversão da multa não deva ser canalizada para a implementação das obras em Florianópolis, pede-se, sucessivamente (art. 289 do CPC), que seja em benefício dos consumidores de Santa Catarina – eletrificação no meio rural do Estado –, uma vez que, direta ou indiretamente, acabarão suportando o ônus de pagamento da penalidade, pois ainda que por vias transversas, a CELESC lhes acabará repassando o encargo.

A pretensão aqui exposta, merece acolhimento antecipado, uma vez que presentes de forma flagrante seus requisitos autorizadores (art. 84, § 3º, do CDC e art. 461 do CPC), quais sejam a relevância do fundamento e o receio de ineficácia do provimento final.

O primeiro (relevância do fundamento da demanda) exsurge dos inúmeros excertos doutrinários, dispositivos legais e das consistentes ponderações ora deduzidas; já o segundo (receio de ineficácia do provimento final) avulta ínsito no fato de, inacolhida a pretensão antecipatória, o produto da aplicação da multa pode ser destinado ao programa “Luz para todos” de maneira irreversível, dada a inviabilidade de recuperar-se o vultoso valor aplicado no alvitrado programa, razão pela qual se afigura necessário impedir desde logo a destinação equivocada dos recursos e direcioná-la à correta e justa finalidade.

3.2 Da Inconstitucionalidade Material do art. 1º da Resolução nº 459/2003, com a alteração procedida pelo art. 1º da Resolução Normativa nº 46/04, ambas da ANEEL

Não fosse a inconstitucionalidade formal de que padece o art. 1º da Resolução nº 459/03, alterado pelo art. 1º da Resolução nº 46/04, há ainda a incompatibilidade vertical-material com a Magna Carta. Sim, porque, de acordo com o preceito enfocado, todo o montante arrecadado com a imposição de multas às concessionárias de energia elétrica, multas estas derivadas da infração a deveres das mais diversas estirpes e lesivos aos interesses de consumidores residentes nos quatro cantos deste país-continente, enfim todo este montante deve ser carreado para a execução do Programa Luz para Todos, cujo escopo

é a universalização do acesso à luz. Em que pese seja louvável destinarem-se recursos para a execução de projetos tendentes a levar energia elétrica até os mais longínquos rincões brasileiros, medida que instiga o desenvolvimento social e econômico das comunidades atendidas, o ato normativo em questão viola o Princípio da Isonomia, na medida em que trata da mesma maneira consumidores que, em função da infração cometida pela concessionária, não estão em idêntica situação.

O Princípio da Isonomia ou Igualdade, tem assento no art. 5º, II, da Constituição Federal, que assim o retrata:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Conforme o célebre Seabra Fagundes, citado por José Afonso da Silva, o princípio da isonomia ou igualdade significa, para o legislador,

que, ao elaborar a lei, deve reger, com iguais disposições – os mesmos ônus e as mesmas vantagens – situações idênticas, e, reciprocamente, distinguir, na repartição de encargos e benefícios, as situações que sejam entre si distintas, de sorte a quinhó-las ou gravá-las em proporção às suas diversidades⁴⁵.

Bem por isso, jamais poderia a Resolução nº 46 tratar a questão da destinação das multas da maneira como o fez.

Para localizar a violação ao princípio da isonomia, basta tomar-se o exemplo de Florianópolis. A infração ao uma série de deveres contratuais e outros tantos derivados de atos normativos pela CELESC, Concessionária do Serviço de Distribuição de Energia Elétrica para o Estado de Santa Catarina, deu causa a imensos prejuízos à sociedade florianopolitana, que se viu por cerca de intermináveis 55 horas completamente sem luz. A par dos contratemplos individuais, o caos foi instalado na cidade, levada que foi ao escuro total, situação que descortinou a fragilidade do sistema de abastecimento de energia elétrica na Ilha de Santa Catarina. É decorrência lógica do fato descrito concluir-se que os consumidores de energia elétrica da cidade de Florianópolis não estão

46 *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Saraiva, 1996. p. 204.

nas mesmas condições que os consumidores de Vitória, no Espírito Santo, ou de Imperatriz, no Maranhão. Constatada a violação à obrigações contratuais e infringidas regras de conduta estampadas na legislação pertinente que levaram a causação de imensos prejuízos aos consumidores florianopolitanos e que descortinaram a precariedade do sistema de abastecimento, a multa decorrente da atuação repressiva da ANEEL só poderia ter como destino a cidade de Florianópolis, quando muito o Estado de Santa Catarina. A medida, além de proporcionar aos consumidores de Florianópolis/Santa Catarina a minoração dos riscos de que algo semelhante possa vir novamente a acontecer, evidencia a manutenção do princípio da isonomia, pelo qual, repita-se, deve o legislador distinguir na repartição de encargos e benefícios, situações que sejam entre si distintas, a fim de gravá-las ou quinhó-las em proporção as suas diversidades, tal qual retratou o mestre Seabra Fagundes, tão bem lembrado por José Afonso da Silva.

Mas não é só.

Qualquer solução que não seja carrear os valores relativos a multa imposta à CELESC para Florianópolis ou, na pior das hipóteses, para Santa Catarina, implicaria na quebra do Princípio da Razoabilidade.

O princípio em epígrafe está encartado na cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal) e permite ao Judiciário a invalidação de normas jurídicas que se revelarem iníquas, contrárias ao senso comum e à ordem de valores subjacente ao pacto constitucional.

Como destacou Luis Roberto Barroso, “*o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça*”⁴⁶.

Ora, a agressão à razoabilidade parece evidente no caso em apreço. Com efeito, o teor da Resolução de que se trata destoa por completo da axiologia constitucional, centrada em valores humanitários e solidarísticos, e do próprio bom senso, já que, além de não ser “beneficiada” com a aplicação dos expressivos valores traduzidos em multa no reparo das máculas que contribuíram para o blecaute, a sociedade florianopolitana certamente seria onerada pelo desembolso efetuado pela CELESC. Isto, gize-se, de maneira direta – pelo incremento no valor da tarifa – ou mesmo indireta – pela restrição de investimentos no sistema.

O fato em realce remete a violação de um terceiro princípio, o da proporcionalidade.

Os Procuradores da República, Dr. Daniel Sarmiento e Celso Albuquerque e Silva, em Ação Civil Pública aforada no Rio de Janeiro, destacaram que o

Princípio da Proporcionalidade visa, em última análise, a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão. Neste sentido, ele tem sido utilizado, tal como o princípio da razoabilidade, com o qual por vezes se confunde, como poderoso instrumento para aferição da conformidade das leis e dos atos administrativos com os ditames da razão e da justiça.

Tal princípio pode ser desdobrado em três subprincípios, que devem ser concomitantemente atendidos pelas normas e demais atos estatais. São eles a adequação, a necessidade ou exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, 'o pressuposto da adequação (Geisnetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O requisito da necessidade ou da exigibilidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos' (Direitos Fundamentais e Controle da Constitucionalidade. São Paulo,; IBDC, 1998, p.68).

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito significa que, numa ponderação entre custo e benefício, o ônus imposto por determinado ato estatal não pode ser superior aos benefícios que ele proporciona. Em outras palavras, uma norma jurídica será inválida, por contrariar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, sempre que se puder constatar que ela gera para os seus destinatários impactos negativos, que não são compensados pelas vantagens que acarreta.

É, portanto, indisfarçável que o conteúdo do art. 1º da Resolução nº 459/03, alterado pelo art. 1º da Resolução nº 46/04, não atende a nenhum dos

três subprincípios acima relacionados. A destinação que o ato normativo em análise deu às multas aplicadas pela ANEEL e entre elas a aplicada pela Agência à CELESC não é adequada, porquanto não se mostra apta a minorar os efeitos do ato gravoso; não é exigível, vez que há meio menos gravoso ao consumidor de se processá-la e, finalmente, não atende à proporcionalidade em sentido estrito, pois numa ponderação entre custo e benefício, o ônus por ela imposto ao consumidor não é superior aos benefícios que proporciona, ou seja, a penalização da Companhia ao invés de gerar benefícios para os consumidores de energia elétrica produz ônus adicional.

Desta feita, a inconstitucionalidade do preceito enfocado é assente.

E não se proclame a impossibilidade de o Judiciário sindicá-lo o mérito dos atos regulatórios por invasão a esfera da discricionariedade administrativa.

Edgar Silveira Bueno Filho adverte:

Enfim, como todo ato administrativo, os atos expedidos pelas agências se sujeitam ao controle jurisdicional. Não importa a categoria do ato será unicamente, o Poder Judiciário, por força do princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) o competente para decidir, com definitividade toda e qualquer contenda que seja levada a seu conhecimento. Mesmo por que, o aperfeiçoamento do direito é consequência da inafastabilidade do controle exercido pelos tribunais. E, em seguida, fulmina: “Até mesmo quando o controle do ato envolver o exame dos chamados conceitos indeterminados ou envolver atos praticados com fundamento na discricionariedade técnica, estará presente a sindicabilidade pelo Poder Judiciário (Amanda Flávio de Oliveira, O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário, Ed. Forense, p.113).

Não fogem da regra os atos normativos baixados pelas agências. Mesmo aqui o Poder Judiciário, a vista dos princípios legais que regem a atividade regulada verificará se o ato normativo está ou não conforme com os objetivos legais de modo a considerá-lo válido ou não. Nisso abrangido o exame da compatibilidade vertical em relação às leis e à Constituição Federal”⁴⁷.

Em idêntico sentido posiciona-se Sebastião Botto de Barros Tojal:

48 Agências Reguladoras. Atlas : São Paulo, 2002, p. 167/168.

49 *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.267.

Vale dizer, o controle jurisdicional deve incidir sobre a apreciação da consonância do agir das agências reguladoras (mediante a edição de atos administrativos de regulação), portanto, da adequação da racionalidade material do direito regulatório que expressa essa atividade normativa” E vai além: “Ao baixarem seus atos administrativos de regulação, as agências reguladoras devem respeitar os princípios da legalidade, igualdade, moralidade, publicidade e eficiência consagrados pelo art. 37, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como os princípios da finalidade, da motivação, da razoabilidade expressamente previstos no art. 2º, caput, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999...O que se pretende é reconhecer a imprescindibilidade do juízo de constitucionalidade do próprio conteúdo dessa atividade normativa, das políticas públicas a que no limite corresponde a racionalidade material dessa função normativa”⁷⁴⁸

Até a doutrina mais conservadora já acenou com a sindicabilidade do mérito dos regulamentos, mesmo que somente sob o prisma constitucional. De acordo com o Magistério de José Cretella Júnior, “*Não pode o regulamento: 1º ir de encontro aos princípios gerais de direito, como o da igualdade de todos perante a lei [...]*”⁷⁴⁹

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº 20.999, j. 21.3.90, *in* RDA 179/180 estratificou:

É preciso evoluir cada vez mais no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo.

Pois bem, definida a possibilidade de apreciação por parte do Poder Judiciário do conteúdo material do art. 1º da Resolução nº 459/03, alterado pelo art. 1º da Resolução nº 46/04, nos termos em que foi destacada e, de outra banda, evidenciada a existência de descompasso entre o comando lá inserto

50 SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2002. p. 38.

51 Op. cit. p. 38.

e os Princípios Constitucionais da Igualdade, Razoabilidade e Proporcionalidade, previstos no art. 5º, *caput* e LIV, da Constituição Federal, impende seja reconhecida a sua inconstitucionalidade incidental do dispositivo, a fim de que a multa aplicada pela ANEEL à CELESC seja revertida em benefício exclusivo dos consumidores de Florianópolis (subitem “2.6.2”) ou, não sendo este o entendimento desse Juízo, sucessivamente (art. 289 do CPC), em prol dos consumidores catarinenses.

A pretensão aqui exposta, merece acolhimento antecipado, uma vez que presentes de forma flagrante seus requisitos autorizadores (art. 84, § 3º, do CDC e art. 461 do CPC), quais sejam a relevância do fundamento e o receio de ineficácia do provimento final.

O primeiro (relevância do fundamento da demanda) exsurge dos inúmeros excertos doutrinários, dispositivos legais e das consistentes ponderações ora deduzidas; já o segundo (receio de ineficácia do provimento final) avulta insito no fato de, inacolhida a pretensão antecipatória, o produto da aplicação da multa pode ser destinado ao programa “Luz para todos” de maneira irreversível, dada a inviabilidade de recuperar-se o vultoso valor aplicado no alvitrado programa, razão pela qual se afigura necessário impedir desde logo a destinação equivocada dos recursos e direcioná-la à correta e justa finalidade.

4 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Não obstante o tema já tenha sido abordado, por evidente necessidade, em tópicos específicos, faz-se menção genérica a esse instituto processual de modo a ser aplicado em benefício dos consumidores em relação a toda questão probatória concernente aos fatos do caso em tela, ou seja, não só no que tange

52 Consumidores enquadrados no Grupo B são aqueles atendidos em tensão igual ou superior a 1 kV, ou em tensão superior a 1 kV com opção de faturamento no Grupo B – art. 15, II, da Res. 24/2000 – doc. 60)

53 Consumidores enquadrados no Grupo A são aqueles atendidos em tensão superior a 1 kV e inferior a 230 kV – art. 15, I da Res. 24/2000 – doc. 60.

54 A Resolução 24/2000 “Estabelece as disposições relativas à continuidade de energia elétrica às unidades consumidoras”, e modificou a sistemática prevista no Apêndice 9 do Anexo III do Contrato de Concessão nº 56/99 (fls. 61/65 do doc. 21).

55 Cujo valor será deduzido da condenação final, ou seja, o valor pago a título de antecipação de tutela não será cumulativo ao pago quando da condenação final.

aos subtítulos nos quais já foi referido.

Tendo em vista que verossimilhança da alegação é “o argumento que tem aparência de verdadeiro. É a probabilidade das razões do consumidor”⁵⁰, fácil concluir, de todo o exposto, que todas as alegações aqui expendidas são absolutamente verossímeis, principalmente porque lastreadas em farta prova documental. Aliás, nem poderia ser diferente, posto que, no mais das vezes, retratam fatos públicos, amplamente divulgados pela imprensa (local, estadual e nacional).

Plenamente caracterizado, pois, um dos pressupostos para a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor (art. 6º, VIII, do CDC).

Impossível não reconhecer, também, a franca desvantagem dos consumidores na dialética processual que ora se instaura, uma vez que não detêm conhecimento técnico nem respaldo econômico que os aproximem das *ex adversas*.

Comentada hipossuficiência, por sua vez, “está associada à vulnerabilidade econômica do consumidor, presumivelmente mais fraco, em desvantagem na discussão de seus interesses e direitos”.⁵¹

A disparidade de forças ficou patente desde o início dos fatos quando a Concessionária repeliu, peremptória e laconicamente, todos os pedidos administrativos de indenizações que lhes foram dirigidos, contando, por óbvio, com a falta de acesso a dados técnicos e de conhecimento nesse ramo específico por parte dos consumidores, isso sem falar de sua fragilidade econômica frente à litigante.

Dessa forma, as regras ordinárias de experiência de Vossa Excelência certamente conduzirão mais uma vez ao reconhecimento da existência desse outro pressuposto, que é a hipossuficiência do consumidor, necessário à aplicação do instituto processual previsto no art. 6º, VIII, do CDC.

5 PEDIDOS AFETOS À ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Presentes os requisitos autorizadores, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e o Ministério Público Federal pedem a Vossa Excelência que, liminarmente, antecipe os efeitos da tutela de modo a:

5.1 **Condenar** as Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A – CELESC, a indenizar, desde logo, parte dos prejuízos ocasionados pelo blecaute aos consumidores da ilha de Florianópolis enquadrados no “Grupo B”⁵² – pois os do “Grupo A”⁵³ já o foram –, mediante a aplicação da fórmula referente à Duração de Interrupção por Consumidor (DIC) prevista no art. 21, I, da Resolução ANEEL nº 24/00⁵⁴ (doc. 455), ou seja, tripla aplicação da fórmula DIC: para a violação de padrões mensal, trimestral e anual.

O pagamento dessa indenização parcial⁵⁵ poderá ser feito mediante compensação do respectivo valor a ser creditado nas suas faturas de energia elétrica dos consumidores enquadrados no “Grupo B” – procedimento idêntico ao já adotado pela Concessionária para os do “Grupo A” –, obrigatoriamente no prazo de até 2 (dois) meses imediatos e subseqüentes ao mês em que se operar a intimação do deferimento deste pedido, prazo este a ser respeitado sob pena de imposição de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais) para cada consumidor que não for indenizado tempestivamente (vide subitem “2.6.1.2” retro).

Sucessivamente (art. 289 do CPC), na hipótese de não ser acolhida essa pretensão antecipatória, pede-se a antecipação da tutela, sem justificação prévia, para efeito de impor à CELESC a **obrigação de fazer** (art. 84, § 3º do CDC e art. 461 do CPC) consubstanciada em informar aos consumidores (enquadrados no “Grupo B”) que, segundo determinação judicial acolhida por ação do Ministério Público, possuem o direito de serem indenizados (ainda que parcialmente) dos danos materiais suportados pelo “apagão” iniciado em outubro de 2003, mediante a aplicação de fórmula prevista no contrato de Concessão, desde que haja solicitação expressa no prazo de até 60 (sessenta) contado do dia que encerrar a divulgação abaixo explicitada, referente ao texto auto-explicativo que deverá acompanhar as faturas para pagamento de energia elétrica.

Divulgação: Referida informação deverá se dar de forma adequada, clara e precisa, com texto inteligível mesmo para o leigo, no prazo de até 30 (trinta) dias contado da intimação da medida, sob pena de multa diária (§ 4º do art. 84 do CDC) de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por atraso, mediante ampla divulgação semanal na imprensa escrita e televisionada, por 3 (três) dias consecutivos a cada semana, num período de 1 (um) mês, bem como por via de texto auto-explicativo que deverá acompanhar por 2 (dois) meses ininterruptos as faturas para pagamento da energia elétrica dos consumidores enquadrados no “Grupo B”, juntamente com formulário contendo texto padrão com requerimento para aplicação da fórmula, independentemente e sem prejuízo de quaisquer outras medidas indenizatórias, sob pena da multa diária aqui estabelecida (vide sub-

tem “2.6.1.2” retro).

5.2 Imposição de **obrigação de fazer às Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A – CELESC**, consistente na:

5.2.1 Apresentação, em até 30 (trinta) dias contado da intimação, de cronograma de obras e providências necessárias à construção da subestação Mauro Ramos e a interligação da subestação Ilha-Centro (conectada à subestação Palhoça – que fica no continente) com a subestação Trindade (igualmente conectada à subestação Palhoça), ou seja, fechamento em rede do sistema, sob pena de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por atraso; e

5.2.2 Conclusão das obras e início de operação tanto da subestação Mauro Ramos como da interligação da subestação Ilha-Centro com a subestação Trindade, ou seja, fechamento em rede do sistema, no prazo de até 2 (dois) anos contados da intimação do deferimento da medida, sob pena de multa mensal de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) por atraso (vide subitem “2.6.2.1” retro).

5.3 Imposição de **obrigação de fazer à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**, consistente na fiscalização da CELESC no que tange à implementação das obras e providências indicadas no tópico anterior (5.2.), sob pena de imposição de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por atraso no primeiro caso (subitem 5.2.1) e de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) por atraso na segunda hipótese (subitem 5.2.2).

5.4 Imposição de **obrigação de fazer às Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A – CELESC**, consubstanciada em apresentar, em até 60 (sessenta) dias contados da intimação do deferimento da medida, cronograma de realização de cursos de treinamento e capacitação para aperfeiçoamento de pessoal, notadamente àqueles funcionários cuja atividade é a instalação e manutenção do sistema de distribuição de energia elétrica em “pontos estratégicos”, sob pena de imposição de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) por atraso (vide subitem 2.6.2.2 retro).

5.5 Imposição de **obrigação de fazer à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**, consubstanciada na fiscalização da CELESC no que tange à implementação da providência indicadas no tópico anterior (5.4.), sob pena de imposição de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) por atraso (vide subitem 2.6.2.2 retro).

5.6 Imposição de **obrigação de fazer às Centrais Elétricas de Santa**

Catarina S/A – CELESC, concernente em apresentarem, em até 60 (sessenta) dias contados da intimação do deferimento da medida, um plano de emergência com parâmetros genéricos de modo a atender situações similares à vivenciada em outubro e novembro de 2003, sob pena de imposição de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por atraso (vide subitem 2.6.2.3 retro).

5.7 Imposição de **obrigação de fazer à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**, concernente na fiscalização da CELESC no que tange à implementação da providência indicadas no tópico anterior (5.6.), sob pena de imposição de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por atraso (vide subitem 2.6.2.3 retro).

5.8 Imposição de **obrigação de fazer às Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A – CELESC**, consistente em promover, em até 60 (sessenta) dias contados da intimação do deferimento da medida, a contratação do seguro das linhas de transmissão de energia elétrica, nos termos da Cláusula Quinta, inciso IV, do Contrato de Concessão (doc. 21), sob pena de imposição de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por atraso (vide subitem 2.6.2.4 retro).

5.9 Imposição de **obrigação de fazer à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**, consistente na fiscalização da CELESC no que tange à implementação da providência indicadas no tópico anterior (5.8.), sob pena de imposição de multa diária de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) por atraso (vide subitem 2.6.2.4 retro).

5.10 Imposição de **obrigação de fazer às Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A – CELESC**, consubstanciada instalar, em até 45 (quarenta e cinco) dias contados da intimação do deferimento do pedido, sistema de monitoramento e controle de acesso às galerias por via de câmeras de vídeo, além de outras medidas de segurança igualmente pertinentes, a critério compatíveis com o bom senso da Concessionária, sob pena de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) por atraso (vide subitem 2.6.2.5).

5.11 Imposição de **obrigação de fazer à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**, consubstanciada na fiscalização da CELESC no que tange à implementação da providência indicadas no tópico anterior (5.10.), sob pena

56 Sem prejuízo de o consumidor buscar, via ação autônoma, condenação em valor superior ao fixado na sentença.

57 Esta limitação está prevista na p. 51 do contrato de Concessão de Distribuição nº 56/99 (doc. 21).

de imposição de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais) por atraso (vide subitem 2.6.2.5).

5.12. Antecipar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução nº 459/03, alterado pelo art. 1º da Resolução nº 46/04 – igualmente inconstitucional –, por vício formal e material, e impor a **obrigação de não fazer à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**, consistente em determinar que a ANEEL deixe de destinar o valor resultante da aplicação da multa proveniente do Auto de Infração nº 001/2004 (doc. 25) ao “Programa nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica – LUZ PARA TODOS” previsto no art. 1º da Resolução nº 459/03, alterado pelo art. 1º da Resolução nº 46/04, sob pena de multa de R\$8.000.000,00 (oito milhões de reais) (vide tem “3” retro).

5.13 Antecipar os efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 1º da Resolução nº 459/03, alterado pelo art. 1º da Resolução nº 46/04 – igualmente inconstitucional –, por vício formal e material, e impor a **obrigação de fazer à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL**, consistente em promover a destinação do valor emergente da aplicação da multa proveniente do Auto de Infração nº 001/2004 (doc. 25) em benefício dos consumidores de Florianópolis ou, não sendo esse o entendimento desse Juízo, **sucessivamente** (art. 489 do CPC), em prol dos consumidores catarinenses, sob pena de multa de R\$8.000.000,00 (oito milhões de reais) em quaisquer das hipóteses dos pedidos sucessivos (vide tem “3” retro).

6 PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Diante do exposto, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e o Ministério Público Federal pedem e requerem a Vossa Excelência:

6.1 Ratificando – em aplicação e pertinência a este tópico (“6”) – os pedidos deduzidos em sede de antecipação de tutela (item “5” retro), os quais em homenagem a brevidade não serão repetidos, tornar definitiva a decisão que os deferir ou deferi-los na hipótese de tal pretensão ainda não ter sido alcançada, de modo a impor à CELESC e/ou à ANEEL, conforme o caso, as

58 Aplicação da fórmula DIC – vide subitem “2.6.1.2” do tópico “Fatos e Fundamentos Jurídicos do Pedido” e subitem “5.1” do tópico “Pedidos afetos à antecipação dos efeitos da tutela”.

obrigações de fazer e de não fazer lá discriminadas.

6.2 **Condenar** as Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A – CELESC, a indenizar, em patamar mínimo⁵⁶ e valor líquido, os prejuízos materiais aos consumidores da parte insular de Florianópolis mediante a aplicação da fórmula do corte indevido prevista no Apêndice 4 do Anexo III do Contrato de Concessão celebrado pela CELESC (p. 50/52 do doc. 21), valor (mínimo) de condenação este a ser limitado⁵⁷ a 10 (dez) vezes o valor médio da fatura de energia verificada nos três meses anteriores à data da decisão que julgar procedente este pedido ou das três últimas faturas caso tenha havido rompimento da relação de consumo entre o consumidor a ser indenizado e a Concessionária.

Do valor da presente condenação deve ser deduzida a importância paga automática e administrativamente aos consumidores enquadrados no Grupo A e a paga por ocasião da antecipação de tutela aos consumidores do Grupo B⁵⁸.

O pagamento desta indenização poderá ser feito mediante compensação do respectivo valor a ser creditado nas faturas de energia elétrica dos consumidores, obrigatoriamente no prazo de até 3 (três) meses imediatos e subsequentes à decisão que julgar o feito, sob pena de imposição de multa diária de R\$1.000,00 (mil reais) para cada consumidor que não for indenizado tempestivamente (vide subitem “2.6.1.1” retro).

Na hipótese de não ser acolhido este pedido na forma pleiteada, pede-se, **sucessivamente** (art. 295 do CPC), que as Centrais Elétricas de Santa Catarina – CELESC seja condenada a indenizar genericamente os consumidores da ilha de Florianópolis.

6.3 **Condenar** as Centrais Elétricas de Santa Catarina – CELESC ao pagamento de valor não inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) a título de dano moral coletivo, valor este que, em homenagem à natureza (compensatória) do instituto, deve ser revertido à população afetada

