



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

RDA | Ano I | Nº 2 | 236p | Fev 06



ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

Rua Santa Catarina, 50 - Salas 602/603 - Londrina - PR

Telefones: (43) 3323.5899 e 0800 400 8899

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Londrina, ADVOCEF, v.1, n.2, 2006

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Tiragem: *2.000 exemplares*

Impressão: *Gráfica Comunicação Impressa*

Periodicidade: *semestral*

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Altair Rodrigues de Paula (Londrina)

Vice-Presidente

Silvio do Lago Padilha (Belo Horizonte)

1º Tesoureiro

José Carlos Pinotti Filho (Londrina)

2º Tesoureiro

Francisco Spisla (Londrina)

1º Secretário

Geraldo Saviani da Silva (Londrina)

2º Secretário

Darli Bertazzoni Barbosa (Londrina)

Diretor Regional Norte

Eurico Soares Montenegro Neto (Porto Velho)

Diretor Regional Nordeste

Clélio Amorim Nobre G. Martins (Salvador)

Diretor Regional Sudeste

Sonia Lucia dos Santos Lopes (Rio de Janeiro)

Diretor Regional Centro-Oeste

Isabella Gomes Machado (Brasília)

Diretor Regional Sul

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Davi Duarte

Fabiano Jantalia Barbosa

João Pedro Silvestrin

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
---------------------------	---

PARTE 1 – ARTIGOS

A Jurisdição como atividade garantidora da cidadania: uma reflexão sobre a missão social do Poder Judiciário na ordem democrática <i>Shandor Portella Lourenço</i>	11
Quebra dos sigilos bancário e fiscal: a relativização da preservação da intimidade e a efetividade do processo de execução <i>Gilberto Antônio Panizzi Filho</i>	35
O depósito recursal trabalhista: Teoria e Prática <i>Aline de Lima Riccardi</i>	69
Arbitragem e FGTS, como um direito indisponível: uma perspectiva face ao Direito do Trabalho e à Constituição Federal de 1988 <i>Bárbara Bianca Sena e Marcos Ulhoa Dani</i>	109
Fundamentos para elaboração do estudo de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança <i>Luciane Martins de Araújo Mascarenhas</i>	143
Operações Estruturadas de Financiamento em Saneamento e Infra-Estrutura desenvolvidas na CAIXA <i>Helena Discini Silveira</i>	165
Da responsabilidade pessoal do sócio-gerente pelas obrigações tributárias na hipótese de dissolução irregular de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada <i>Andréia Amarilho</i>	181
As principais inovações da Nova Lei de Recuperação Empresarial e Falências (Lei nº 11.101/05) <i>Vilson Marcelo Malchow Vedana</i>	203

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA**Tribunal Superior do Trabalho**

Sigilo bancário. Inspeção interna. Impossibilidade de materialização do ilícito no âmbito interno do banco detentor dos dados e informações 221

Superior Tribunal de Justiça

Execução fiscal do FGTS. Convênio entre a PGFN e a Caixa Econômica Federal. Lei 8.844/94 modificada pela Lei 9.467/97. Legitimidade de representação. Prosseguimento da execução 227

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Belo Horizonte (MG)

Revisão de contratos do SFH. Obrigatoriedade do pagamento da parcela incontroversa e depósito dos valores controvertidos ou depósito total das parcelas mensais para impedir o registro do nome do mutuário inadimplente nos cadastros de restrição ao crédito. Lei 10.931/04 231

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Belo Horizonte (MG)

Seguro residencial. Responsabilidade exclusiva da seguradora. Ilegitimidade da CEF. Competência da Justiça Estadual 235

APRESENTAÇÃO

É com muito orgulho que apresentamos à comunidade jurídica mais um número da Revista de Direito da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal - ADVOCEF.

O lançamento do número inaugural representou o passo fundamental à concretização de um dos ideais que nortearam a criação da própria Associação: a promoção do reconhecimento e do desenvolvimento do advogado da Caixa. A revista foi muito bem recebida pela comunidade jurídica, que, nas suas mais diversas frentes, aplaudiu essa importante iniciativa, ressaltando, em uníssono, a importância do estímulo ao constante aperfeiçoamento dos profissionais do Direito, especialmente daqueles que se dedicam à defesa do patrimônio público.

A continuidade do processo editorial da ADVOCEF, impulsionado pelos elogios recebidos e pela motivação dos próprios associados - que contribuíram com sugestões, belos e substanciosos trabalhos para publicação - revela o alcance de um estágio de maturidade almejado por muitas entidades de classe.

A diversidade e atualidade dos temas, bem como a qualidade dos artigos, marcas da primeira edição, se fazem presentes também neste segundo número, em que nossos autores enfrentam intrincadas questões doutrinárias nas áreas do Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Comercial, Trabalhista, Ambiental e Processual, proporcionando ao leitor uma pequena viagem pelo cotidiano vivido pelos advogados da Caixa.

Boa leitura e até o próximo número!

Diretoria Executiva da Advocef



PARTE 1

ARTIGOS

A Jurisdição como atividade garantidora da cidadania: uma reflexão sobre a missão social do Poder Judiciário na ordem democrática¹

Shandor Portella Lourenço
Advogado da Caixa em Minas Gerais

RESUMO: O presente trabalho monográfico busca resgatar a jurisdição como uma atividade garantidora da cidadania. Nesta linha de desenvolvimento, este estudo monográfico centrou seu foco no exame do papel da Justiça e dos juízes no processo constitucional da realização da justiça social e, conseqüentemente, na busca de alternativas que assegurem o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito. Para o desenvolvimento do tema, estudou-se a natureza política da jurisdição, a impropriedade do modelo de jurisdição positivista para a manutenção da ordem democrática, bem como as principais dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário na execução da missão a ele confiada pela Constituição de 1988.

Palavras-chave: Justiça Social. Poder Judiciário. Cidadania. Democracia.

1 Introdução

A Constituição de 1988, ao consagrar o ideal da democracia, procurou proteger as liberdades individuais contra o abuso de poder dos governantes e eliminar as grandes desigualdades econômicas e sociais existentes entre os seus cidadãos - daí o nome Constituição Cidadã. Como demonstração inequívoca da reconquista da convivência democrática, os indivíduos passaram a ter consciência de que eles são titulares de direitos, amparados por uma Justiça cada vez mais aberta ao povo.

O que se percebe, entretanto, é que o ideal de se construir uma sociedade "livre, justa e solidária", depois de 16 anos de promulgado, passa por dificuldades. A dura realidade social e econômica do país revelou-se um imenso obstáculo ao efetivo cumprimento dos objetivos constitucionalmente estabelecidos. O novo regime democrático encon-

trou um Poder Judiciário com estrutura arcaica, pobre e prisioneira de velhos vícios burocráticos, incapaz de dar uma solução rápida a milhares de demandas ajuizadas em face da nova realidade que se lhe apresentou.

O processo de transformações sociais e econômicas, conduzido sob a égide de uma Constituição que clamava por imediata aplicação, foi muito veloz. O resultado disso todos nós conhecemos: uma avalanche de processos a entulhar as prateleiras dos gabinetes. Os juízes, por seu turno, atônitos, despachando e decidindo a torto e a direito, a fim de se verem livres daquela plethora de processos. Tal cenário propiciou a morosidade da Justiça, com péssima repercussão para a segurança das relações jurídicas, além de causar perplexidade não só aos advogados, mas, ainda, e com maior razão, ao leigo, que passou a ver o Judiciário como um Poder incoerente em si mesmo.

No enfrentamento da questão, o modelo "positivista formalista" de ensino jurídico no país pouco contribui para a solução desses problemas já que efetivamente não constrói um discurso jurídico capaz de conduzir à realização da justiça social.

Resulta daí, tanto pelo ângulo da questão institucional, quanto pela afirmação dos novos direitos, que a superação das dificuldades vivenciadas atualmente pela Justiça depende da re-afirmação do verdadeiro papel a ser exercido pelos magistrados no Estado Democrático de Direito. Urge, pois, que se atribua à jurisdição sua verdadeira função, qual seja, a de instrumento de realização da justiça social.

A questão da eficácia social da prestação jurisdicional vem merecendo reiteradas manifestações, não só dos setores da sociedade que operam diretamente com o Poder Judiciário, mas, recentemente, também por aquela parcela da sociedade que necessita da tutela jurisdicional, e que sofre os efeitos concretos dessa tutela, ultimamente pouco eficaz para atingir sua finalidade política, social e jurídica.

Sob esse prisma, passamos, a seguir, a discorrer sobre a missão social do Poder Judiciário em nosso país, notadamente sua participação na atividade realizadora da Constituição.

2 O Judiciário como Poder de Estado

Dada sua estreita correlação com o respeito aos direitos individuais do homem e com a perpetuidade do Estado Democrático de Direito, a repartição das funções estatais entre órgãos harmônicos e independentes entre si encontra-se, atualmente, incluída no rol de limitações materiais ao poder reformador da Constituição (art. 60, § 4º, III da CF/88).

Necessário observar, contudo, que a especialização de funções estatais, relacionada com o princípio da separação de poderes, é relativa, pois, na realidade, consiste numa predominância e não exclusividade desta ou daquela função desempenhada por um órgão ou complexo de órgãos do Estado.

Desse modo, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário exercitam as funções legislativa, administrativa e jurisdicional, em caráter predominante e não exclusivo, já que, como se deduziu, cada um desses Poderes poderá desempenhar, excepcionalmente, uma função material de outro poder.

Nesse cenário, coube ao Judiciário, de modo precípua, o exercício da função jurisdicional. Exerce, ainda, funções atípicas, de natureza executivo-administrativa (organização de suas secretarias - art. 96, I, "b" - a concessão de licença e férias a seus membros, juizes e servidores imediatamente vinculados - art. 96, I, "f"), bem como funções atípicas de natureza legislativa (elaboração do regimento interno - art. 96, I, "a").

A jurisdição, na sua concepção clássica, pode ser entendida como

“uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada)”.

Embora o exercício da jurisdição esteja historicamente relacionado à idéia de solução de conflitos individuais, devemos ter em mente que o papel da Justiça e do juiz vem se modificando substancialmente nas últimas décadas. A evolução do Direito em nosso país é expressiva. Há grande proliferação de textos jurídicos, de códigos e leis, conseqüência de terem se tornado cada vez mais complexas as relações sociais e as relações entre os cidadãos e o Estado.

Antigamente, os conflitos submetidos ao Poder Judiciário eram sobretudo aqueles dois indivíduos, cuja solução importava somente às partes do processo. Hoje, o cenário é completamente diferente.

A rápida modificação nas relações sociais e econômicas tem originado novos tipos de conflitos, para os quais o direito e a justiça nem sempre têm respostas. Hoje, os conflitos que são levados ao Judiciário deixaram a perspectiva dos conflitos individuais e passaram a uma outra dimensão: a dos conflitos coletivos e sociais.

O Direito, assim como os demais fenômenos sociais, surge e desenvolve-se como fruto de uma realidade social. É no seio da sociedade que ele encontra suas premissas, seus princípios. Daí, a corriqueira alusão ao brocado latino, *ubi ius ibi societas, ubi societas ibi jus*³.

Seus objetivos, originariamente voltados à viabilização da convivência e do progresso social, confundem-se, em muitos de seus aspectos, com os fins do próprio Estado que lhe dá suporte. Ao impor regras gerais e abstratas tendentes a assegurar a manutenção da paz, da ordem, da segurança e do bem-estar comum, o Direito busca inspiração nos anseios da coletividade a que se propõe regulamentar.

Tal fato torna-o dinâmico, exigindo que ele, à cada época, acompanhe os ideais da sociedade para a qual foi criado. Como processo da adaptação social, o Direito deve estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A constante evolução dos valores corporificados em um determinado grupamento humano exige procedimentos sempre novos. Se o Direito envelhecer, deixa de exercer a função para qual foi criado.

Se o Direito tem enormes dificuldades em acompanhar as evoluções sociais, a Justiça, e obviamente os juízes, também têm os mesmos enormes desafios. E isso não se deve apenas à dificuldade de julgar questões referentes a todos os ramos das relações sociais. Deve-se, também, ao fato de que essas evoluções sociais mudaram em muito o papel do juiz: hoje, ele é chamado a tomar decisões que podem ter, por sua repercussão, um grande alcance e um grande efeito na sociedade. O juiz, dentro de determinadas circunstâncias, pode tornar-se, mesmo sem querer, um agente político de enorme relevância.

São decisões judiciais com grande repercussão política e social, por exemplo, aquelas tomadas em processos concernentes a interesses difusos e coletivos, ou em ações que digam respeito à constitucionalidade de leis. Em virtude desses fatores, a participação da Justiça e dos juízes nas relações e conflitos sociais, administrativos e políticos, torna-se cada vez mais profunda.

Expressão máxima dos valores e dos anseios arraigados em uma determinada sociedade, num determinado momento histórico de sua evolução, as modernas constituições democráticas, via de regra, traduzem quais serão os entes que, mediante a coordenação do exercício do poder estatal, ficarão responsáveis pela realização dos direitos e deveres formalmente inseridos em seu texto.

Desse modo, estão legitimados e, mais do que isso, co-responsabilizados, imediatamente, os agentes políticos das mais altas instâncias da República, porque a eles a Constituição confere a maior soma de poderes e atribuições; mediatamente, também são responsáveis pela realização constitucional os demais segmentos da chamada Sociedade Civil, em especial aqueles que já se encontram organizados e, por isso, dispõem de maior poder de pressão, para exigir que se explorem todas as virtualidades do texto da Constituição.

Dentre os procedimentos para essa realização da Constituição temos, então, além da atuação legislativa, instrumento por excelência de atualização constitucional; também os atos jurisdicionais, necessários e

indispensáveis na tarefa de construção do Estado Democrático de Direito, tal como delineado no artigo de abertura da Constituição de 1988.

3 Os juízes e a proteção dos direitos humanos

José Eduardo Faria, analisando as transformações por que passa o Judiciário, comenta que

“se há um mérito no movimento dos magistrados gaúchos em favor do 'Direito Alternativo', em que pese o fato de não efetuarem com clareza essa distinção entre direitos civis e políticos, por um lado, e direitos sociais e econômicos, por outro, é o de terem questionado as concepções exegéticas comuns ao Estado liberal clássico; concepções que, em nome da certeza jurídica, valorizam a igualdade formal sem permitir aos intérpretes que levem em conta a desigualdade real de sujeitos de direito localizados em espaços sociais fragmentários; espaços comunitários, associativos e corporativos diferenciados, que delimitam e mediatizam materialmente o tradicional princípio da igualdade formal. Ao enfatizarem a importância das funções políticas do direito, valorizando tanto as leis e os códigos em vigor quanto as teorias jurídicas em circulação como instrumentos de ação coletiva, esses magistrados chamaram a atenção para um fato em si óbvio (mas cujo reconhecimento público, pelo Judiciário, implicaria a ruptura de seu discurso tradicional): se a solução judicial de um conflito é em sua essência um atributo de poder, na medida em que pressupõe não apenas critérios fundantes e opções entre alternativas, implicando também a imposição da escolha feita, toda interpretação, toda aplicação e todo julgamento de casos concretos sempre têm uma dimensão política; por conseguinte, a Justiça, por mais que seu discurso institucional muitas vezes enfatize o contrário, não pode ser, na prática, um poder exclusivamente técnico, profissional e neutro⁴.”

A credibilidade do Poder Judiciário está intimamente relacionada com o exercício de papéis sociais e a crença na figura da Justiça, pois, conforme comenta Luiz Antônio Nunes, é preciso ressaltar “a necessidade de que a sociedade e as instituições têm de manutenção de seus valores fundamentais. Valores dentre os quais se encontra a Justiça, que não

pode ser destruída pela mostra de suas fraquezas. Não que estas precisem ser escondidas, ao contrário, precisam ser tratadas e eliminadas"⁵.

Os tempos atuais, como já se disse, exigem uma maior participação dos juízes, quer seja como juízes mesmos, quer seja como cidadãos, nas várias atividades sociais. O intercâmbio e inter-relacionamento entre os vários setores sociais e os juízes é salutar e fará com que a sociedade quebre seus preconceitos em relação ao Judiciário, ao mesmo tempo que manterá os juízes a par da realidade social em todos os seus desdobramentos.

É cediço por todos que o juiz moderno, o juiz do século XXI, não deve mais ficar cegamente atrelado aos limites formais da lei. A função do magistrado é de dar a cada um aquilo que expressa, efetivamente, a realização da justiça entre os homens.

Nesse sentido, é oportuno registrar a excelente pesquisa do Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo - Idesp, realizada em 1993, na qual foram entrevistados 570 magistrados da Justiça Comum e da Justiça Federal nos Estados de Goiás, Pernambuco, São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul⁶. Quanto a esta pesquisa, o elemento mais forte de aproximação com o presente trabalho reside na eleição do tema crucial da "neutralidade", o qual indica um maior ou menor afastamento dos juízes em relação ao padrão normativista tradicional.

Na pesquisa do Idesp, 74% dos magistrados responderam que "o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem que ser sensível aos problemas sociais". Acresce que, também ali, 38% dos juízes responderam afirmativamente que "o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei" - índice que não é pequeno, tendo em vista a 'transgressão' que essa opção representa à clássica formação doutrinária do magistrado brasileiro.

Ainda em adesão às ponderações sobre a impropriedade do modelo de jurisdição conhecida como "formalista positivista", valemo-nos da brilhante lição do Professor Dalmo de Abreu Dallari⁷:

"No direito brasileiro, tanto na produção teórica quanto na jurisprudência, verifica-se que foi estabelecido e se tornou predominante, apesar de brilhantes manifestações em contrário de alguns teóricos e magistrados, o que se poderia denominar 'culto da legislação', reduzindo-se o Direito à lei escrita e resistindo-se a todas as tentativas de atualização. É uma atitude de acomodação, conservadora ou mesmo reacionária, motivo de conflitos entre o Direito inscrito na lei e a realidade social. De um lado, essa atitude dispensa o esforço de atualização dos conhecimentos teóricos, permitindo o uso de teorias e autores há longo tem-

po consagrados, habitualmente muito citados e transcritos para dar a impressão de que as afirmações e conclusões têm sólido embasamento 'científico'."

Além disso, procura-se com essa orientação justificar a falta de esforço ou de conhecimentos para a interpretação da lei segundo as circunstâncias sociais num dado momento histórico. Por último, procura-se, com a aplicação automática e literal dos textos legais, reduzir a responsabilidade do aplicador por decisões que, muitas vezes, contêm injustiças evidentes. Sempre que essa atitude é questionada, usa-se a desculpa que o juiz não é legislador, não lhe sendo permitido reescrever a lei no momento de aplicá-la, adicionando-se, ainda, que, se for admitida a interferência do juiz na fixação do sentido da lei, haverá uma lei diferente para cada juiz e assim o resultado será injusto, pois casos iguais serão julgados de maneiras diferentes.

O conhecimento da evolução das teorias jurídicas e sociais mostra, de modo evidente, a fragilidade dessas desculpas, que já não são aceitáveis nas sociedades modernas. No caso do Brasil, não existe, sequer, o pretexto de que o legislador prendeu o juiz numa camisa-de-força e não lhe deu meios para agir com alguma liberdade na procura da solução legal e justa dos conflitos jurídicos. Basta lembrar que a impropriamente chamada Lei de Introdução ao Código Civil, que é, na realidade, uma lei que fixa critérios para a interpretação e aplicação da legislação brasileira, estabelece que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Como está bem claro, o juiz não só pode, mas na realidade deve procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação.

De fato, o direito positivo e a justiça social nem sempre caminham juntos. Às vezes se afastam muito. O Direito, porém, não deve ser interpretado imoralmente. Ao interpretá-lo, deve o juiz entender a moral da época em que elaborado e aquela em que deverá aplicá-lo, à busca de solução que se mostre compatível com as novas circunstâncias, sem refugir à inspiração da norma que interpreta. Bom caminho para o juiz é o do culto profundo ao Direito, o aprimoramento do senso de imparcialidade, de responsabilidade e de justiça, a preocupação com os direitos e faculdades, deveres e obrigações das partes em conflito e com a solução adequada das lides. Tudo sem menosprezo ao interesse público e à necessidade de paz social.

Num país de enormes conflitos sociais, políticos, jurídicos, econômicos e morais, como é o Brasil, ganha enorme relevo o poder daquele a quem se confere, em nome da Nação, a missão de dirimi-los. Cresce, em proporção geométrica, sua responsabilidade, para evitar que, medi-

ante decisões temerárias, arbitrárias e injustas, ao invés de dirimi-los, os amplie ou perpetue.

Mister se faz a rediscussão do papel do juiz na sociedade atual, em especial se considerarmos que as leis são feitas pelas elites que têm assento no parlamento, cada vez mais comprometidas com os interesses que permeiam a elaboração das normas com as quais irá julgar. Para tanto, necessita de imparcialidade e distância dos benefícios que sua carreira profissional pode lhe trazer a fim de não comprometer a decisão justa a que cada cidadão tem direito.

Falo do juiz que a sociedade espera para o século XXI: imparcial, honesto, digno do cargo que ocupa, conhecedor do Direito, e não necessariamente jurista, arrogante na decisão da causa. Humilde no trato com os sujeitos que intervêm no processo e, principalmente, respeitador do Tribunal à que está vinculado, mas não submisso.

4 A função política da magistratura

Dada a complexidade das relações entre o Estado e seus cidadãos, bem como o desenvolvimento do Direito, não é de se estranhar a erupção, em vários países, de violentos protestos de governantes, referentes ao estabelecimento de uma "politização da justiça", ou de uma "república de juizes". No Brasil, isso ocorre com frequência em relação à Justiça Federal, por esta se ocupar, dentre outros, de processos de cidadãos contra a União Federal em que se realiza o controle difuso da constitucionalidade de leis federais de caráter administrativo, tributário e previdenciário, além dos processos criminais contra agentes políticos federais.

Esse tipo de evento tem-se tornado lamentavelmente comum, em um perigoso processo de enfraquecimento institucional do Poder Judiciário. O que se discute hoje objetiva principalmente, direta ou indiretamente, a limitação à independência de julgamento dos juizes. Uma atuação forte e independente da Justiça irrita os governantes, pois impede a concretização de planos lançados açodadamente e sem preocupação com o respeito à Constituição. Atualmente, em nome de uma estabilidade econômica, ou da "governabilidade" da nação, o governo brasileiro adota um discurso segundo o qual todo e qualquer obstáculo às suas iniciativas significa uma intromissão indevida. Toda decisão judicial contrária aos interesses governamentais é atacada pelo Executivo, com críticas fortes e em público.

O que se precisa é que os governantes aceitem que o poder que lhes foi outorgado pelo voto não é absoluto, mas limitado pela Constituição, e submetido a controles. E que aceitem, ainda, que a tarefa de distribuir justiça social a todos também é do magistrado. A Jurisdição, dada a magnitude dos conflitos a que se presta a dirimir nos tempos atuais, deve ser entendida como importante instrumento de poder polí-

tico. A magistratura, por meio da formação de sua jurisprudência, ao aplicar e interpretar as leis, dizendo o sentido e alcance destas, tem o papel relevante de fazer com que o Direito seja instrumento de mudança social. Corroborando tal assertiva, Sívio Dobrowolski⁸ assevera que:

“O exame da atividade jurisdicional no Estado contemporâneo permite concluir que os juízes gozam de ampla liberdade na aplicação da lei; suas decisões assumem, muitas vezes, influência fundamental para a conduta dos cidadãos, em geral; ainda cabe-lhes exercer importantes controles a respeito de atos dos Poderes Legislativo e Executivo. O Judiciário é, sem dúvida, autêntico órgão do poder, diversamente do afirmado por Montesquieu e desejado pelo constitucionalismo iluminista. Por isso mesmo, a sua independência se afirma necessária, para que possa cumprir suas funções, dentre de um Estado constitucional, em que se limitam os poderes e adota, com essa finalidade, a técnica da sua separação.”

É preciso superar a idéia estreita e acanhada de um juiz sem caráter político. O juiz é um ser político, e um agente político, porque as suas decisões são políticas na medida em que produzem efeitos sobre a realidade e sobre os cidadãos. E isso aumenta cada vez mais, porque, como visto, as decisões judiciais têm atualmente um alcance extraordinário.

A concepção da estrutura funcional do Estado, bem como dos seus agentes políticos, deixa claro a função política e social da magistratura. Sobre o tema, reportamo-nos à clássica definição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹: “Os agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado”.

Esclarecendo acerca do conteúdo desse conceito, o mesmo autor complementa:

“O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um munus público. Vale dizer, o que os qualifica para o exercício das correspondentes funções não é a habilitação profissional, a aptidão técnica, mas a qualidade de cidadãos, membros das civitas e, por isso, candidatos possíveis à condução dos destinos da sociedade. A relação jurídica que os vincula ao Estado é de na-

tureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis.”

Sob esses argumentos, parece-nos um contra-senso negar aos membros do Poder Judiciário a condição de agente político sob o fundamento de que os mesmos não interferem diretamente nos objetivos políticos do Estado.

Em notável trabalho sobre o assunto, José Renato Nalini fornece irretorquíveis elementos de convicção sobre a função política dos juízes ¹⁰:

“O Brasil, ao menos desde sua primeira Constituição Republicana, assumiu com ortodoxia o dogma da separação de poderes. A Constituição de 1988 consagra a existência de três poderes harmônicos e independentes entre si e, mais ainda, transforma esse postulado em cláusula pétrea, insuscetível de modificação constitucional.

Bastaria essa leitura singela e literal do texto fundante para a conclusão de que o juiz brasileiro exerce função política. Também, ele é destinatário de todos os comandos que o constituinte endereçou ao Estado. Não está ele desobrigado da tarefa de construir um Estado justo, solidário e fraterno, imune a preconceitos e com a pobreza redutível a estágios compatíveis com a dignidade da pessoa humana.”

E continua o eminente o autor:

“Segundo uma orientação mais comprometida e progressiva, a atividade judicial ostenta uma dimensão política inequívoca. Primeiro, porque julgar implica em opções valorativas inevitáveis. A lei não tem sido expressão de límpido critério de justiça, mas o predomínio da vontade dominante. É forma evidente de política. Aplicar rigidamente a lei não deixa de ser opção política. A opção do conservadorismo mais retrógrada e hipócrita. Depois, porque foi a própria comunidade, pela voz autorizada de seus representantes legítimos, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, que fez do Judiciário um poder. E não existe poder apolítico dentro do Estado.”

Como decorrência lógica da classificação retro mencionada e da posição constitucionalmente ocupada pela magistratura, surge a obviedade de que magistrados são cidadãos partícipes da política, pensando e reagindo de acordo com as circunstâncias.

Por isso, deve ele assumir que suas decisões podem ter conseqüências políticas, e assim aceitar a modificação na sua atuação tradicional, outrora individual e limitada às decisões proferidas em seus processos. A coletividade dos juízes é um elemento importante na sociedade, e precisam assumir e exercer efetivamente esse papel.

O juiz tem hoje um dever importante de cooperar na preservação das estruturas democráticas, possuindo a obrigação de defender o equilíbrio entre os poderes políticos do Estado e a constitucionalidade das leis. Ilustra essa circunstância a seguinte passagem de Gilmar Ferreira Mendes¹¹:

“A atividade legislativa há de ser exercida em conformidade com as normas constitucionais (CF, art. 1º, parágrafo único, e art. 5º). Da mesma forma, o poder regulamentar (CF, art. 84, IV) deve ser exercido dentro dos limites estabelecidos pela lei. Isso significa que a ordem jurídica não tolera contradições entre normas jurídicas ainda que situadas em planos diversos.

Nem sempre se logra observar esses limites normativos com o necessário rigor. Fatores políticos, razões econômico-financeiras ou de outra índole acabam prevalecendo no processo legislativo, dando azo à aprovação de leis manifestamente inconstitucionais ou de regulamentos flagrantemente ilegais.

(...)

Tudo isso eleva o controle de constitucionalidade à condição de elemento fundamental da teoria da legislação e da técnica legislativa. Todos os órgãos encarregados de tarefa nomogenética ou legiferante devem ater-se, detidamente, no exame da constitucionalidade da proposta formulada sob pena de verem frustrados significativos esforços de formulação ou reformulação legislativa.

Isso significa que as pessoas encarregadas da elaboração legislativa deverão ter sempre presente a existência de um órgão de controle, de um Tribunal que dispõe de competência não só para decretar a invalidade de eventual decisão legislativa, mas também para suspender, cautelarmente, a eficácia de qualquer providência adotada.

Vê-se, assim, que a prática constitucional (jurisprudência, obter dicta) desenvolvida no âmbito do controle judicial de constitucionalidade passa a ser referência obrigatória para a tarefa de elaboração legislativa.”

O exercício desses deveres, contudo, deve ser realizado não através da atuação política ou partidária de cada magistrado, a qual continua sendo inconveniente, mas sim através de uma atuação forte e independente, sempre voltada ao bem estar coletivo.

Quando magistrados decidem questões polêmicas, eles não fazem política governamental ou partidária. Eles simplesmente exercem sua missão de garantir a estabilidade democrática, ao assegurar a supremacia do Direito. Quando essa supremacia do Direito - não dos juízes - não é completamente aceita pelas instituições e pela sociedade, a democracia corre perigo.

E este parece ser o ponto central de nossas reflexões, mais uma vez resumido na feliz síntese de Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, 1999:32):

“A experiência histórica de diferentes países parece confirmar que os eventuais detentores do poder, inclusive o legislador, não são infalíveis e sucumbem, não raras vezes, à tentação do abuso de poder e da perversão ideológica. É por isso que, tal como apontado por Peter Schneider, o Estado de Direito caracteriza-se, ao contrário de um sistema ditatorial, pela admissão de que o Estado também pratica ilícitos (Annahme der prinzipiellen Möglichkeit des staatlichen Unrechts).

É exatamente essa experiência que legitima o desenvolvimento e a consolidação, em diferentes sistemas jurídicos, de institutos como o direito à proteção judiciária e o controle de constitucionalidade das leis. Não são poucas as ordens constitucionais que procuram gravar essas instituições como as cláusulas ou garantias de eternidade (Ewigkeitsgarantien), colocando-as a salvo de eventual revisão constitucional.

Tal como amplamente acentuado na doutrina e sistematizado, dentre outros, por Kelsen, Loewenstein e Hesse, não basta que a Constituição consagre garantias essenciais para a consolidação de um sistema democrático, no qual os direitos fundamentais sejam, efetivamente, respeitados. Faz-se mister que ela logre concretizar sua

pretensão de eficácia. Não parece haver dúvida de que, a despeito dos elementos culturais e históricos que acabam por conferir especificidades a diferentes sistemas jurídicos, é certo que a falta de mecanismo de controle de normas retira muito da força normativa ou vinculante da Constituição. Kelsen chega mesmo a afirmar que tais Constituições não dispõem de força vinculante, uma vez que qualquer ato normativo secundário pode afastar a sua aplicação tópica ou genericamente. Não se pode negar, ademais, que a falta de um mecanismo de controle de constitucionalidade pode ser fatal para os direitos e garantias fundamentais, que ficariam, de fato, à mercê da vontade do legislador. É, exatamente, a proteção judicial e o controle de constitucionalidade que outorgam efetividade a essas garantias."

Sob essa perspectiva, faz-se necessária a difusão no seio da coletividade da idéia de que a imparcialidade e independência do julgador deve ser aferida não em face da submissão cega do magistrado aos ideais pré-concebidos pelo legislativo, mas sim por meio do perfeito ajustamento das decisões que profere ao clamor do povo por justiça social, nos termos e limites expressos em nossa Constituição.

Lamentavelmente, ainda é comum atribuir-se à palavra "política" o sentido estreito de "política partidária", o que também provoca percepções equivocadas sobre a manutenção da imparcialidade pelo juiz. Por certo, o magistrado não deve manter qualquer relação de subordinação ou de apreço a qualquer uma dessas entidades, mas isso não significa que ele não deve estar, assim como os demais agentes políticos, comprometido politicamente com os destinos do país.

A imparcialidade do juiz, sobretudo à político-partidária, é uma exigência fundamental para a realização do devido processo legal e é garantida através da segurança do princípio do contraditório, que é uma das garantias processuais básicas do Estado de Direito, sendo assegurado constitucionalmente, conforme se infere da literalidade do art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 ("aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes").

Nesse sentido, muito lúcida a seguinte observação:

"o caráter de imparcialidade é inseparável do órgão da jurisdição. O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que se possa exercer sua função dentro do processo. A

imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente. É nesse sentido que se diz que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz.

A incapacidade subjetiva do juiz, que se origina da suspeita de sua imparcialidade, afeta profundamente a relação processual. Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (art. 95, parágrafo único) e proíbem juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII)¹².

É evidente que, por sua própria natureza, a magistratura não pode assumir o papel de defesa de grupos políticos organizados sob uma determinada sigla partidária. Ao contrário, deve utilizar o poder político que lhe foi outorgado com o único objetivo de tornar efetivo o ideal de justiça constitucionalmente estabelecido. Pensar de modo diverso repercutiria como sinônimo de indiferença pelos destinos do país e da comunidade, inaceitável em qualquer cidadão.

5 Obstáculos ao exercício democrático da jurisdição

No árduo caminho da democratização e da efetiva distribuição da justiça social, muitas são as dificuldades a serem enfrentadas pelo Judiciário. A missão a ele conferida pela Constituição de 1988 ainda não é totalmente compreendida por parcela significativa dos cidadãos. Os defensores do modelo de jurisdição positivista e, conseqüentemente, das contingências sociais e ideológicas nele contidas ainda são maioria entre os detentores do poder econômico e político do país.

Embora sejam vários os fatores que dificultam a missão de atribuir eficácia social ao exercício da jurisdição, sabemos que todos eles, em um maior ou menor grau, encontram-se inter-relacionados. A morosidade da justiça, resultado da falta de condições materiais do Judiciário, é agravada pela ausência de instrumentos processuais mais simplificados. O excesso de formalismo procedimental, por sua vez, é lastreado por um modelo de ensino jurídico que privilegia tão somente o conhecimento do Direito positivo.

Nesses termos, não obstante a unicidade da matéria, decidimos, por uma questão meramente didática, sistematizar e analisar essas circunstâncias em três grupos, a saber:

- a) Dificuldades materiais do Judiciário;
- b) Modelo de ensino jurídico no Brasil focado no "positivismo jurídico";
- c) Violações à independência do Poder Judiciário.

Embora a ausência de prestação jurisdicional também possa ser atribuída a vários outros fatores, tais como uma legislação processual ultrapassada e uma política governamental tendente a expedir uma multiplicidade de atos ilegais, corriqueiramente defendidos perante os Tribunais por um infindável número de recursos protelatórios, não resta dúvida de que o grupo relacionado às dificuldades materiais do Judiciário é o que contribui de modo mais incisivo para a morosidade da Justiça.

As causas remotas do problema são expostas com clareza na obra *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*¹³:

“(...). É em tais circunstâncias que a magistratura, preservada, no período autoritário, em sua função tradicional de arbitragem e resolução de conflitos individuais, será envolvida, no processo de transição à democracia - em plena crise do welfare state - em uma disputa entre diferentes setores da elite brasileira (mas não apenas entre eles) sobre o tipo de relação que deveria prevalecer entre as dimensões do público e do privado. Tardio, como foi, o envolvimento desse Poder no processo de transição, seu desempenho esteve restrito, por muito tempo, ao cânon da separação entre os Poderes - à margem, portanto, da conflitualidade entre o Executivo e o Legislativo -, sendo, além disso, pouco mobilizado pelos seres sociais emergentes, com as demandas por seus direitos. Estes dois fatos talvez expliquem a sua posição praticamente ausente da agenda pública nacional, nos primeiros anos do processo de transição à democracia.

O aprofundamento do processo de transição, entretanto - em particular após a promulgação da constituição de 1988, que redefiniu o papel republicano do Poder Judiciário - e, mais a progressiva identificação deste Poder como lugar de ampliação de direitos por parte de uma nova clientela até então distante dele, trouxeram esse 'retardatário' para o primeiro plano da vida pública. Importa destacar que a ambigüidade construtiva da Carta de 1988, adotando o presidencialismo depois de ter incorporado muitas das instituições do regime parlamentarista, também favoreceu essa nova centralidade assumida pelo Judiciário, levando-o a decidir os impasses institucionais entre o Executivo e o Legislativo. E que o redobrado intervencionismo do Estado sobre a vida econô-

mica - tal como nos sucessivos planos de estabilidade monetária -, com as dramáticas repercussões que tiveram sobre interesses privados, levou a que o Judiciário se constituísse no único lugar de defesa do cidadão e das empresas.

O protagonismo do Judiciário, assim, é menos o resultado desejado por esse Poder, e mais um efeito inesperado da transição para a democracia, sob a circunstância geral - e não apenas brasileira - de uma reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade, em consequência das grandes transformações produzidas por mais um surto de modernização do capitalismo.

As novas demandas, contudo, chegam a um Judiciário ainda sob forte influência do princípio da separação dos Poderes e de uma adesão ao direito sob a forma de códigos. O que se designa, então, como crise do Poder Judiciário nada mais é do que a sua súbita adaptação à feição contemporânea da sociedade brasileira, em estar equipado material, conceitual e doutrinariamente para dar conta da carga de novos problemas que a sociedade passou a lhe apresentar. Acompanhando o diagnóstico consagrado pelos estudos comparados em sociologia do direito, J.E. Faria associa, com precisão, a chamada crise do Judiciário à mudança no sistema de relações entre a sociedade e o Estado, entendendo-a como devida à 'expansão desordenada das normas dispositivas, [ao] aumento incessante de regras editadas por fatores meramente conjunturais, [à] expansão irracional das matérias submetidas a controle jurídico, [à] diluição das fronteiras entre o público e o privado, [à] emergência de um sem-número de fontes materiais de direito, abrindo caminho para um efetivo pluralismo jurídico, e [à] tendência ao esvaziamento básico do direito positivo'.

Resulta daí que, tanto pelo ângulo da questão institucional, quanto pela da afirmação de novos direitos, a função jurisdicional do Judiciário recebe uma sobrecarga, ao mesmo tempo em que o apelo crescente a esse Poder põe em evidência as suas carências quanto a meios e pessoal, e a inadequação do seu sistema de orientação normativista em face do novo ambiente a que passou a ser exposto."

Sabemos o quanto o Estado é parcimonioso para dotar os serviços públicos de recursos humanos e materiais indispensáveis ao atendimento da demanda, mormente quando se trata de serviços sociais como a educação, a saúde e a Justiça. Tudo isso culmina em um insuperável congestionamento de processos em todos os tribunais e em todas as instâncias.

A imagem da Justiça que a sociedade tem, assim, é de uma máquina monstruosa, lenta e indecifrável. Isso torna a justiça um alvo fácil de críticas de todos que se incomodam com decisões de repercussão.

Impende ressaltar, todavia, que não é só a morosidade da máquina do Judiciário que contamina a prestação jurisdicional. Também é notório que o ensino jurídico no Brasil e, conseqüentemente, a formação jurídica dos nossos magistrados se dá segundo o "modelo dogmático-positivista", que se limita à descrição das instituições vigentes, interessando-se sobretudo pela lógica das proposições legais e dos conceitos jurídicos. É natural, portanto, que grande parte do contingente de juristas no país, entre eles os magistrados, ainda se encontre sob a forte influência de um discurso jurídico capaz de conduzir à realização da justiça social.

Tal orientação, fortemente arraigada numa concepção errônea da "tri-partição de poderes", praticamente esvazia qualquer atividade hermenêutica a cargo do juiz. Também conhecido como "sistema hermenêutico fechado" (AZEVEDO, 1998 : 35) a referida dogmática consubstancia-se, basicamente, na negativa de qualquer processo interpretativo e, por conseguinte, de equidade.

Sua crítica é feita por Plauto Faraco de Azevedo nos seguintes termos:

"Podendo a incidência ideológica permear negativamente a atividade de qualquer dos poderes do Estado, suas conseqüências serão variáveis, segundo o desvirtuamento subjetivo por ela conduzido nas situações reais. Precisa, pois, o jurista ter consciência de sua virtual atuação, devendo adestrar-se em discerni-la. Para isso, não pode pretender ser tão-só um técnico a serviço da ordem estabelecida, indiferente ao processo histórico, conforme papel que lhe assinala o positivismo jurídico¹⁴."

Complementa, ainda, seu pensamento da seguinte forma:

"É necessário estudar o Direito e sua aplicação a partir das questões sociais concretas a que se refere, evitando o trato das questões independentemente do quadro histórico a que pertencem. Por esta forma, evitam-se as soluções formais, carac-

terísticas do exercício da ciência pela ciência, reveladoras de olímpico desprezo pelas contingências humanas. Não é possível confundir a precisão conceitual, indispensável ao trato adequado dos problemas, com o culto do conceito pelo conceito, a pretexto de uma falsa cientificidade do Direito. (...)

Para alinhar-se neste trabalho, o Poder Judiciário tem de superar o modelo restritivo de conhecimento jurídico imperante no ensino jurídico brasileiro, buscando olhar a realidade em torno e cotejá-la com o ordenamento jurídico, antevendo as consequências de sua ação, buscando, enfim, afirmar-se como 'poder', na certeza de que de sua atuação depende o equilíbrio do Estado e a eficácia dos direitos, notadamente os direitos humanos e sociais."

Com efeito, a complexidade do trabalho de interpretação de uma norma abstrata em face de uma hipótese da vida concreta é infinita. Seria, portanto, de uma absoluta falta de razoabilidade tentar reduzir a aplicação do Direito a uma operação formal silogística. A infinita variedade e imprevisibilidade da vida requer que o juiz promova o confronto da norma (abstrata) com as aspirações das partes litigantes e da sociedade num dado contexto histórico e social.

Ademais disso, incorrem em natural equívoco os que pretendem justificar a inviabilidade de qualquer poder criativo do juiz em relação ao Direito. Uma análise mais apurada do pensamento de *Montesquieu* demonstra que não estabeleceu ele uma rígida "separação" de poderes, mas uma combinação, uma fusão entre eles. Daí, a origem do sistema de freios e contrapesos vigente na grande maioria dos países democráticos.

A ineficácia da orientação didática positivista como instrumento de mudança social também é justificada por Jorge Rubem Folena de Oliveira. Senão vejamos:

"(...), como o direito decorre da criação humana, isto é, da vontade da sociedade em auto-regulamentar-se, ele manifesta-se como controlador do homem social ou como sistema de controle social. Sob este prisma, o direito é utilizado como instrumento de dominação da sociedade, pois esta submete-se, em grau de obediência, às regras de controle instituídas para organizar a sua convivência. Nesse processo de dominação, os que detêm o poder político em suas mãos controlam a organi-

zação social, porque impõem a sua vontade. Isso pode-se verificar com facilidade nos processos legislativos,

(...).

Dessa forma, o Estado é uma forte arma de que se valem os detentores do poder político para exercerem sua força de dominação sobre a sociedade; sendo que o direito, manifestado pela vontade estatal legislativa (isto é, as leis elaboradas nos parlamentos), é utilizado pelos detentores do poder político para pôr em prática este sistema de controle social, seja para beneficiá-los, como manifestado por meio de normas de conteúdo patrimonial/ econômica, as quais lhes convêm em suas relações; como também sobre as normas de penalização e afastamento da sociedade dos "homens bons" - in casu eles, 'os poderosos' - daqueles que são rotulados como 'maus' e os inconvenientes ao seu meio.

(...).

No entanto, acreditamos que o direito pode ir além disso, sendo utilizado também como instrumento de mudança social, de modo a tentar inverter o quadro de dominação acima citado.

Nota-se que, em nosso meio, o direito não se manifesta apenas por meio das leis - esta é a sua principal fonte -; há outras fontes de caráter secundário, porém de grande relevância, que são a doutrina e, acima de tudo, a jurisprudência¹⁵.

De fato, como bem salientado nas conclusões supra mencionadas, advogar um apego à literalidade da lei, sem qualquer margem de apreciação de sua legitimidade em face do texto constitucional ou mesmo da equidade, equivale a perpetuar a vigente imobilidade social.

Essa é também a conclusão de João Roberto Egydio Piza Fontes e Roberto Armelin:

"(...), se por um lado o sistema jurídico não é somente um instrumento de opressão da elite sobre a maioria da população, conforme intuíva Marx, é também isso, porquanto a concretude da realidade mostra que a hegemonia (aqui concebida no conceito gramsciano, aliada à noção de bloco histórico, introduzida pelo mesmo autor) existente numa sociedade, reflete-se no seu Órgão de Esta-

do incumbido de exercer a função legislativa (entre nós, precipuamente as Casas do Congresso Nacional) e, por via de consequência, na legislação por esse mesmo órgão produzida.

Além desse reflexo no âmbito da função legislativa do Estado, propaga-se o efeito social aqui referido - e agora de forma indesejável, conquanto humana - nos corações e nas mentes dos magistrados, o que de certa forma, e ao arrepio do princípio geral de direito da imparcialidade do juiz, sujeita suas decisões à hegemonia existente na sociedade e a sua origem de classe¹⁶. ”

A par dessa circunstância, os referidos autores nos lembram de que a adoção do modelo de ensino positivista agrega em si "a denegação de justiça". Referem-se ao exacerbado formalismo de que se reveste a interpretação literal dos nossos diplomas processualísticos. Cultua-se, nesses termos, uma infinidade de obstáculos procedimentais para o não enfrentamento do mérito das lides submetidas ao crivo do Judiciário. Esquecem, todavia, a peculiar maneira como esses institutos devem ser aplicados e interpretados, sob pena de consignarem relevante elemento perturbador da paz social.

No que diz respeito às circunstâncias relacionadas ao último grupo taxionômico mencionado no início do presente capítulo, qual seja, as constantes violações ao princípio da independência do Poder Judiciário, temos que tais procedimentos não refletem nada mais que a incompreensão dos demais poderes quanto ao verdadeiro papel a ser desempenhado pela Justiça na ordem democrática.

Também não é segredo que a magistratura também passa por uma sórdida campanha vinda daqueles que temem um Judiciário forte, precursor de uma democracia verdadeira, não de fachada. Pretendem resgatar a até então vigente falta de limites ao poder de governar. O Judiciário, mesmo combalido, mesmo não dispondo dos recursos indispensáveis à prestação dos serviços que lhes foram atribuídos, tem significado um estorvo a esse desiderato.

As violações ao princípio da independência do Poder Judiciário têm se manifestado de modo precípua em relação ao seu auto-governo, corriqueiramente vulnerado por meio de retaliações orçamentárias oriundas do Poder Executivo e Legislativo. Com efeito, a falta de um percentual mínimo de receita do Estado, a ser obrigatoriamente concedido ao Judiciário, prejudica-lhe a autonomia, como revelam, de modo claro, as ameaças de retaliação mediante o corte de verbas.

enfrentamento dessas dificuldades, não temos dúvida, depende fundamentalmente da postura corajosa dos nossos magistrados em face da campanha difamatória que lhes movem os interessados na manuten-

ção da injustiça social reinante no país. Esta deve ser a resposta da magistratura aos seus críticos e detratores.

Este deve ser o papel a ser desempenhado pelo juiz, principal defensor de uma sociedade que se democratiza e que procura na vida de nossas instituições um movimento correspondente. É a partir da conduta dele que se poderá avaliar a chance de uma reforma democratizadora da estrutura e do funcionamento dessa instituição. Afinal, como sujeito de aproximação entre o fato e a lei e, portanto, como criador do Direito vivo, é no juiz que se deverá buscar o suporte efetivo para quaisquer inovações institucionais. Sem sua adesão, tais inovações não passarão de uma arquitetura vazia.

A hora da consolidação da democracia política no Brasil é a hora da convocação do Poder Judiciário a um ativo protagonismo institucional, não apenas porque a ele cabe a preservação do cânion republicano do equilíbrio entre os três poderes, mas também porque a própria sociedade, ao realizar um movimento afirmativo de explicitação de interesses e de demanda por cidadania, vem conhecendo o caminho dos tribunais. O Judiciário se torna, nesse sentido, a fronteira avançada onde se consolida a institucionalidade democrática, mas sobretudo, onde se ampliam as possibilidades de inclusão social e de defesa dos pequenos interesses, até então desamparados.

É natural, portanto, que tanto a magistratura quanto o Poder Judiciário sofram com tantos problemas. Para os governantes sedentos de poder, há justiça de mais; para o povo, que quer exercer a cidadania, há justiça de menos. Cumpre ao Judiciário, nesse emaranhado de interesses, optar por resgatar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, prometida por Ulisses Guimarães e endossada pelos constituintes de dezesseis anos atrás.

7 Conclusão

Ao longo do presente trabalho, procurou-se examinar, sob o marco teórico do Estado Democrático de Direito, a missão social do Poder Judiciário em nosso país, notadamente sua participação na atividade realizadora da Constituição.

Assim, foi visto que o nosso sistema político passou por profundas modificações na última década. A re-democratização e a promulgação de uma Constituição que buscou resgatar a idéia de cidadania em sua máxima expressão não se fez acompanhar dos meios materiais necessários para torná-la efetiva.

Anos de má gestão administrativa e de autoritarismo criaram, não obstante o anseio popular pela liberdade e pela igualdade social, uma cultura elitista que, amplamente representada pelo Poder Legislativo, procura manter seus privilégios a qualquer custo.

O Judiciário, por sua vez, sucateado em suas necessidades materiais, passou a ser a principal barreira entre o cidadão e os detentores do poder econômico. Muitas vezes desestimulados pela falta de condições, pelas críticas constantes advindas dos outros Poderes, os juízes vislumbram a facilidade da acomodação, da adoção de uma postura passiva diante da literalidade da lei.

Mas, felizmente, o que se observa, não obstante um panorama tão desfavorável, é o surgimento de movimentos propagadores da verdadeira função da jurisdição, da necessidade de se fazer dela um instrumento de justiça social, conforme determina a Constituição Federal de 1988.

Para tanto, deve o juiz valer-se dos instrumentos que lhes foram constitucionalmente outorgados, enquanto agente político do Estado e, assim, resgatar a idéia do juiz garantista, do cidadão que, detentor de uma das funções estatais, é responsável pela construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Como defesa final da efetividade das conclusões aqui externadas, são válidas as seguintes palavras do Professor Plauto Faraco de Oliveira:

“A ordem estabelecida, para manter-se, precisa adaptar-se às necessidades sociais progressivamente configuradas. É evidente que tais modificações não se realizam somente pela vontade e ação do jurista, eis que se acham na dependência de múltiplos fatores, dentre os quais avultam-se os de ordem econômica. Mas é certo, no entanto, que não serão elas, de forma alguma, favorecidas por um modelo de ciência jurídica acríptico e ultrapassado. Isto é sobremodo verdadeiro em um País, como o Brasil, em que a injustiça social é flagrante¹⁷.”

Notas

- 1 Monografia Classificada em 3º lugar no Concurso Nacional de Monografias - Categoria Profissional - promovido pelo TRF 5ª Região no ano de 2004.
- 2 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel *et alii*. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- 3 Onde estiver o direito estará a sociedade, onde houver sociedade haverá o direito.
- 4 FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. Obra organizada por José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 55.
- 5 NUNES, Luiz Antônio. A lei, o Poder e os Regimes Democráticos, São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 1991, p.85.
- 6 M.T.Sadek. "A Crise do Judiciário vista pelos juízes - resultado de uma pes-

- quisa quantitativa", in M.T.Sadek (org.), **Uma Introdução ao Estudo da Justiça**, São Paulo, IDESP/Editora Sumaré, 1995, p. 17.
- 7 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 98-99.
- 8 DOBROWOLSKI, Sílvio. Poder Judiciário: independência, democratização e controle social. **Revista de Informação Legislativa**. v. 33, n.129, p. 169, jan./mar., 1996.
- 9 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 229.
- 10 NALINI, José Renato. A função política da magistratura. **LEX: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. V. 21, nº 248, ago. 1999. p. 5-11.
- 11 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. São Paulo : Celso Bastos Editor, 1999. p. 296
- 12 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel *et alii*.
- Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- 13 VIANNA, Luiz Wernneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende de, MELO, Manuel Palácios Cunha *et alii*. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p 10-12.
- 14 AZEVEDO, Plauto Faraco de. Poder Judiciário e a justiça social. **Revista AJURIS**. v. 22, n.63, p. 6, mar., 1995.
- 15 OLIVEIRA, Jorge Rubem Folea. O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social? **Revista de Informação Legislativa**. a 34, nº 136, out/dez. 1997, p. 378.
- 16 FONTES, João Roberto Egydio Piza, ARMELIN, Roberto. A reforma do Estado e o Judiciário: em busca da 'eficácia social' da prestação jurisdicional - Uma reflexão sobre o controle externo do Judiciário e o efeito vinculante das súmulas dos tribunais superiores. **Revista Trimestral de Direito Público**. nº 17, p. 159, 1997.
- 17 *Op. cit.*, p. 6.

Referências

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Poder Judiciário e a justiça social. **Revista AJURIS**. v. 22, n.63, mar., 1995.
- BONFIM, Benedito Calheiros. **A crise do direito e do judiciário**. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.
- BASTOS, Aurélio Wander. Poder Judiciário e crise social. **Revista AJURIS**. v. 15, nº 43, jul. 1988.
- BEMFICA, Francisco Vani. **O juiz, o promotor, o advogado: seus poderes e deveres**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CHARLES SECONDAT, BARON MOTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. A seleção e o aprimoramento de juízes e promotores: alguns aspectos fundamentais.

Revista de Informação Legislativa. v. 37, nº 146, abr.-jun., 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002

DOBROWOLSKI, Sílvio. Poder Judiciário: independência, democratização e controle social. **Revista de Informação Legislativa.** v. 33, n.129, jan./mar., 1996.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais, *in* **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** Obra organizada por José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1994.

FONTES, João Roberto Egydio Piza, ARMELIN, Roberto. A reforma do Estado e o Judiciário: em busca da 'eficácia social' da prestação jurisdicional - Uma reflexão sobre o controle externo do Judiciário e o efeito vinculante das súmulas dos tribunais superiores. **Revista Trimestral de Direito Público.** nº 17, 1997.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo - a exaustão de um paradigma.** Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa.** V. 31, n.122, abr./jun., 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MILL, Stuart. **Le Gouvernement Représentatif.** Paris: Corbeil, 1923.

NALINI, José Renato. A função política da magistratura. **LEX: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.**v. 21, n. 248, ago. 1999.

NUNES, Luiz Antônio. **A lei, o Poder e os Regimes Democráticos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

OLIVEIRA, Jorge Rubem Folena. O direito como meio de controle social ou como instrumento de mudança social? **Revista de Informação Legislativa.** v. 34, n. 136, out/dez. 1997.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social** - revitalizando as regras do jogo democrático. São Paulo: Malone, 2002.

PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes. **Constituição e ineficácia social.** Curitiba: Juruá, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O juiz: seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

VIANNA, Luiz Wernneck, CARVALHO, Maria Alice Rezende de, MELO, Manuel Palácios Cunha *et alii.* **Corpo e alma da magistratura brasileira.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário. Trad. Juares Tavares. São Paulo: **Revista dos Tribunais,** 1995.

Quebra dos sigilos bancário e fiscal: a relativização da preservação da intimidade e a efetividade do processo de execução¹

Gilberto Antônio Panizzi Filho
Advogado da Caixa em Porto Alegre.
Especialista em Direito pela UFRGS.

RESUMO: Tem o presente trabalho o desiderato de examinar as possibilidades de relativização do direito constitucional à preservação da intimidade, sob o prisma da autorização da quebra dos sigilos bancário e fiscal, visando à consecução de maior efetividade no processo de execução, que, pela escassez de resultados úteis, se constitui no foco mais evidente da crise do Direito Processual Brasileiro. Constatase, dessa forma, que a quebra dos sigilos bancário e fiscal constitui-se em ferramenta relevante para assegurar a efetividade e o resultado útil no processo civil, propugnando-se sua flexibilização, de modo a ser autorizada com menos óbices e maior frequência.

Palavras-chave: Sigilo. Flexibilização. Efetividade. Execução.

1 Introdução

A presente monografia tem por objetivo examinar a relativização do direito constitucional à preservação da intimidade, sob o prisma da autorização da quebra dos sigilos bancário e fiscal, visando à consecução de maior efetividade no processo de execução, que, pela escassez de resultados úteis, se constitui no foco mais evidente da crise do Direito Processual Brasileiro.

O propósito do primeiro capítulo consiste em estabelecer considerações de caráter geral sobre o direito aos sigilos bancário e fiscal, partindo-se da análise das teorias sobre seu fundamento jurídico. Considerando-se que, majoritariamente, a doutrina e a jurisprudência entendem que o direito ao sigilo tem fulcro na Constituição Federal, procede-se, na seqüência, à apreciação do direito à preservação da intimidade, insculpido na Carta Magna, a qual se caracteriza pela especial preocupação com a preservação de direitos e liberdades individuais.

Tendo em vista que o direito à preservação da privacidade está elencado entre as normas do artigo 5º da Constituição Federal, sendo guindado, portanto, à condição de princípio e estando no alicerce do Estado Social de Direito, prossegue-se o estudo com o exame do conflito entre princípios constitucionais, com a finalidade de tratar dos critérios que permitem identificar o princípio preponderante em determinado caso em concreto.

Já o desiderato do segundo capítulo é o de deter-se, especificamente, no tema da quebra dos sigilos bancário e fiscal, demonstrando-se que, em nome de interesses e valores mais relevantes, a legislação vem flexibilizando as hipóteses de rompimento do sigilo, sobretudo quando se pretende apurar crimes contra o sistema financeiro ou fraudes contra o Erário. Ressalta-se, também, a relevância de se observar o devido processo legal, sendo imprescindível que as decisões judiciais de quebra dos sigilos bancário e fiscal sejam fundamentadas, de modo que sejam coibidos abusos de poder e arbitrariedades.

Por fim, discorre-se sobre a crise de efetividade do processo civil brasileiro, com ênfase no processo de execução, propugnando-se que a quebra dos sigilos bancário e fiscal possa ser instrumento capaz de auxiliar na obtenção de resultado útil, proporcionando a recuperação da credibilidade na função estatal de solucionar litígios e distribuir Justiça.

2 Os sigilos bancário e fiscal: considerações gerais

2.1 Os sigilos bancário e fiscal: teorias sobre o fundamento jurídico

Em nosso ordenamento jurídico, o sigilo bancário consiste na obrigação imposta às instituições financeiras "*de conservar sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados*"², caracterizando sua quebra injustificada infração penal. Trata-se, assim, de um "dever de conduta de conteúdo negativo", correspondendo à abstenção da instituição em revelar informações por ela obtidas no desempenho de sua atividade.

Ao tratar da temática do sigilo bancário, estas foram as palavras do Ministro do STJ e Professor JOSÉ AUGUSTO DELGADO³:

"A doutrina tem se manifestado, de modo quase unânime, no sentido de que o sigilo bancário é uma garantia constitucional que protege a privacidade das pessoas no campo econômico e financeiro. A sua significação é de resguardar a movimentação da conta bancária e das aplicações financeiras do cidadão, para que, de nenhum modo,

os atos privados praticados possam ser tornados públicos.”

Conquanto não haja discussões significativas sobre a conceituação do sigilo bancário no Brasil, considerando-se que a legislação concernente tratou explicitamente de estabelecer um conceito, não é pacífico, entretanto, o entendimento sobre o fundamento jurídico do instituto, havendo uma variedade de teorias versando sobre o tema.

Ao sistematizar o assunto, o Professor ANDRÉ TERRIGNO BARBEITAS⁴ agrupou as digressões doutrinárias em seis teorias, quais sejam:

- a) as contratuais;
- b) as extracontratuais;
- c) as legais;
- d) as que fundamentam o sigilo no direito constitucional à intimidade;
- e) as do segredo profissional;
- f) as do uso mercantil.

2.1.1 As teorias contratuais

Segundo as teorias contratuais, o sigilo bancário assentaria seu fundamento na manifestação de vontades expressa no contrato de depósito avençado pelo cliente e pelo banco. Referido acordo implicaria sempre, ainda que implicitamente, um dever de segredo decorrente da relação de confiança.

Aqueles que contestam a teoria ora indicada ressaltam que o sigilo bancário abrange também relações que tenham ensejo em período pré ou pós-contratual. Entendo, no entanto, que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), a ressalva efetuada pelos críticos já esteja superada, na medida em que não mais se nega o fato de que as obrigações assumidas pelas partes contratantes nascem mesmo antes da celebração do contrato e perduram além da vigência do negócio jurídico. Com efeito, a boa-fé objetiva, que envolve deveres anexos ao contrato, tais como o de informação e o de lealdade, revela-se subjacente também nas relações pré ou pós-contratuais.

2.1.2 As teorias extracontratuais

Conforme as teorias extracontratuais, o fundamento do sigilo bancário consistiria na responsabilidade do banco pelos danos causados ao cliente, na hipótese de revelação injustificada de seus dados e informações bancárias.

A crítica que se faz às teorias extracontratuais reside no fato de que estas se focam nas conseqüências jurídicas da quebra injusta do sigilo bancário, olvidando o fundamento jurídico propriamente dito.

2.1.3 As teorias legais

Em consonância com as teorias legais, o sigilo bancário nasceu na prática comercial, obteve aceitação social de sua obrigatoriedade e restou consolidado no Direito positivo. Assim, as teorias legais fundamentam o sigilo bancário exclusivamente na existência de textos legislativos que o contemplam e o preservam.

As teorias legais também suscitam críticas, tendo em vista que, ao invés de examinarem os fundamentos jurídicos do sigilo bancário, tratam, tão-somente, de sua forma de expressão. Assim, versam apenas sobre a previsão do sigilo, sem qualquer preocupação com sua causa.

2.1.4 As teorias que fundamentam o sigilo no direito constitucional à intimidade

A Carta Constitucional de 1988 dirigiu intensamente suas atenções para os direitos fundamentais e suas garantias. E elencou, expressamente, entre esses direitos, o de preservação da intimidade, considerada inviolável, sob pena, inclusive, de ensejar indenização por danos morais (artigo 5º, inciso X, da CF/88).

Considerado um direito fundamental personalíssimo, assistiria o cliente na sua relação com o banco e perante terceiros, em conformidade com as teorias ora comentadas.

Também aqui pode ser invocada a mesma crítica que se faz às teorias legais: não se estaria analisando o fundamento jurídico do sigilo bancário, mas sua forma de expressão, na Constituição Federal.

Ademais, não se pode olvidar que o tema do sigilo bancário não se restringe aos interesses privados e individuais do cliente da instituição bancária, considerando-se que, sob uma concepção moderna, o assunto envolve uma série de interesses, públicos e privados, o que impede de fundamentá-lo apenas no direito constitucional à preservação da intimidade. É indiscutível que o tema deve ser analisado à luz não somente dos interesses privados, sobretudo em se considerando a busca de efetividade e de resultados úteis nos processos de execução por quantia certa, bem como nos casos de lavagem de dinheiro e de sonegação fiscal, hipóteses estas em que o interesse público é evidentemente predominante.

Deve-se ter presente, todavia, que as teorias que fundamentam o sigilo bancário no direito constitucional à intimidade foram largamente adotadas pelos Tribunais pátrios e pela doutrina majoritária.

2.1.5 As teorias do segredo profissional

Em conformidade com essas teorias, o sigilo bancário nada mais seria do que espécie do gênero segredo profissional. Os defensores das

teorias do segredo profissional assentam o fundamento jurídico do sigilo bancário nos dispositivos legais do Código Penal que visam a preservar os segredos decorrentes de ofício ou profissão (artigo 325, CP5).

As críticas lançadas contra tais teorias baseiam-se no fato de que as disposições do Código Penal dirigem-se aos profissionais em geral, não às instituições bancárias. Além disso, de modo oposto ao que ocorre com as teorias que se alicerçam no direito constitucional à preservação da intimidade, as teorias do segredo profissional amparariam apenas interesses de caráter público, apesar de o sigilo bancário, como já fora dito, apresentar um espectro de interesses públicos e privados.

2.1.6 As teorias do uso mercantil

Segundo os defensores das teorias do uso mercantil, o fundamento do sigilo bancário estaria nas práticas comerciais e empresariais, que devem ser caracterizadas pela boa-fé e pela confiança entre as partes que figuram na relação. Dessa forma, o sigilo bancário teria caráter normativo, sendo alçado à categoria de fonte de Direito, tendo em vista que seria prática de longa duração, com reconhecimento, pela coletividade, de sua obrigatoriedade, não sendo contrário à moral nem antijurídico.

As teorias do uso mercantil, dessarte, prevêm que os bancos tenham o dever de preservar o sigilo bancário de seus clientes, independentemente da existência de texto legal que assim determine. Por outro lado, os bancos estariam liberados dessa obrigação, nas hipóteses em que estivessem correndo risco outros bens jurídicos relevantes.

Enfim, são basicamente essas seis correntes que versam sobre o fundamento jurídico do sigilo bancário, sendo que nenhuma delas atinge plenamente seu desiderato, estando todas sujeitas a críticas que abalam suas propugnações. De fato, uma teoria eclética, abrangendo os conteúdos das seis versões sobre o fundamento do sigilo bancário, atenderia de forma satisfatória a essa pretensão, uma vez que não se pode negar que elas se complementam, estabelecendo o mosaico do instituto.

Faz-se necessário ressaltar, no entanto, que, de todas as teorias comentadas, aquelas que receberam o maior número de adesões, na jurisprudência e na doutrina, foram as que identificaram o fundamento jurídico do sigilo bancário no direito constitucional à preservação da intimidade, motivo pelo qual o enfoque do tema tende a estar direcionado para a interpretação da Constituição Federal, com base na qual tem fulcro toda a legislação infraconstitucional vigente sobre o assunto.

Sobre o sigilo fiscal, convém ressaltar que, como lembra MELISSA FOLMANN⁶, a Constituição Federal contempla, no artigo 174, entre as funções do Estado, a de fiscalização, sendo que, relacionado a esse poder estatal, exsurge, para o contribuinte, o dever de prestar informações à Fazenda Pública (artigo 113, §2º, do CTN⁷).

Tais informações - dados fiscais -, entretanto, não podem ser livre e irrestritamente divulgadas a terceiros, uma vez que são protegidas por regras de sigilo, com fulcro, sobretudo, no artigo 5º, inciso X, da Carta Constitucional.

Dessarte, acompanhando-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial predominante, também o sigilo fiscal tem fundamento jurídico no direito constitucional à preservação da intimidade e da privacidade.

2.2 O direito à preservação da intimidade na Constituição Federal de 1988

Uma nova carta constitucional representa a ruptura com o ordenamento jurídico prévio, devendo homenagear os valores e anseios que passaram a predominar na sociedade, os quais ensejaram, inclusive, o declínio de um antigo regime. Deve-se ter presente, pois, que o poder constituinte originário, como classicamente sempre se entendeu, emana do povo, e que somente a necessidade de uma nova ordem jurídica justificaria uma nova Constituição.

Historicamente, as Constituições brasileiras nasceram em períodos de intensas mudanças sociais e políticas, proporcionadas por novos regimes governamentais. Com efeito, o Brasil independente de Portugal exigiu uma Constituição; o Brasil República, também; por sua vez, o Estado Novo, de Vargas, determinou uma nova carta; a deposição do Presidente impôs a necessidade de novo ordenamento jurídico; o regime militar, a partir de 1964, ditou nova Constituição; por sua vez, a queda desse regime e a redemocratização do País geraram a Carta Magna de 1988.

O foco do presente estudo deve deter-se sobre a Constituição Federal ora vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, uma vez que, além de se tratar da baliza do ordenamento jurídico nacional, se preocupou, de modo especial, com a preservação dos direitos e liberdades individuais.

De fato, a Carta Constitucional de 1988, forjada em um período histórico de redemocratização nacional, caracteriza-se, sobretudo, pela ênfase nos direitos fundamentais, provendo a pessoa humana, independentemente da nacionalidade, de garantias inúmeras para preservá-los.

Indiscutivelmente, a preocupação do constituinte era dissipar as más lembranças do passado então recente, marcado por violações aos direitos humanos, por abusos de poder, por desrespeito à dignidade da pessoa, por absoluto desprestígio dos direitos dos cidadãos a sua privacidade - afinal, a "segurança nacional" e a manutenção do regime pairavam, majestosas, como principais focos de atenção da República.

Com a abertura democrática, tornava-se evidente a necessidade de restaurar e consolidar direitos fundamentais, como o direito à privacidade e à intimidade, no qual se arraigam as regras tendentes a inviabilizar

a quebra de sigilos bancário e fiscal, assunto sobre o qual versa esta monografia.

Em seu preâmbulo, a Constituição Federal ressalta como seu desiderato "instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias".

Na seqüência, em seu artigo 3º, inciso I, a Constituição elenca, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, "construir uma sociedade livre, justa e solidária". Depreende-se, do exame do preâmbulo e do dispositivo normativo ora transcrito, que há, na carta constitucional, uma preocupação permanente com a liberdade e com suas garantias.

Entendo que a preservação da intimidade, cerne da discussão acerca da flexibilização da quebra dos sigilos bancário e fiscal, está umbilicalmente relacionada com a liberdade individual, tão valorizada pela Constituição brasileira. Evidencia-se que a intimidade preservada retrata uma garantia do exercício da liberdade.

Nas palavras de JULIANA GARCIA BELLOQUE⁸, "a esfera privada é condição para a livre estruturação de cada indivíduo em direção à autenticidade, sobretudo nas sociedades de massa modernas, em que prevalece a uniformização moral e intelectual".

Visualiza-se, assim, na preservação da intimidade, a possibilidade de conferir ao indivíduo uma esfera de exclusividade, sobretudo em se considerando o fato de que a massificação social tende a conduzir os indivíduos à padronização.

A Constituição Federal, entretanto, não se restringiu a garantir genericamente a liberdade, como se infere do inciso X de seu artigo 5º. O mencionado dispositivo constitucional assim expressa:

"X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Veja-se que a Carta Magna não só declarou a inviolabilidade da intimidade, como também, em seu próprio texto, previu o direito à indenização na hipótese da ocorrência da violação.

É oportuno, outrossim, recorrer aos ensinamentos de INGO SARLET⁹, que assim tratou dos direitos fundamentais na sua função defensiva, característica do direito à preservação da intimidade:

"Os direitos fundamentais na sua função defensiva caracterizam-se, portanto, essencialmente, como direitos negativos, dirigidos precipuamente

a uma conduta omissiva por parte do destinatário (Estado ou particulares - na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais). Abrangem, além dos assim denominados direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito à propriedade, os quais integram o que se convencionou chamar de primeira geração dos direitos fundamentais. No mais, fazem parte deste grupo todos os direitos fundamentais que objetivam, em primeira linha, a proteção de certas posições jurídicas contra ingerências indevidas, de tal sorte que, em princípio, se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade (em todos os seus aspectos), assegurando, além disso, uma esfera de autodeterminação (autonomia) do indivíduo. Percebe-se, pois, que o espectro dos direitos de defesa, os quais podem ser enquadrados no 'status negativus e/ou libertatis' do qual já nos falava Jellinek, é de uma amplitude ímpar, englobando também as garantias fundamentais (direitos-garantia), os direitos políticos, proteção da intimidade e vida privada, parte dos direitos sociais e até mesmo os novos direitos contra manipulações genéticas e a assim denominada liberdade de informática e o direito a autodeterminação informativa."

Elevado à categoria de direito subjetivo público, dada a sua constitucionalização, o direito à intimidade deve também ser considerado como um dos direitos da personalidade, dos quais a pessoa se reveste desde o nascimento - ou, até mesmo, antes, tendo em vista eventual proteção conferida ao nascituro - até a morte.

Ademais, as normas elencadas no artigo 5º da Constituição Federal constituem-se em princípios, estando na base do "Estado Social de Direito" brasileiro. E, com a finalidade de corroborar a relevância do princípio em qualquer ordenamento jurídico, convém reportar-se ao ensinamento de BANDEIRA DE MELLO¹⁰:

"Princípio - já averbamos alhures - é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no

que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o reconhecimento dos princípios, que preside a intecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”

Como bem ressalta a Professora MELISSA FOLMANN¹¹, a importância do princípio reside no fato de constituir-se em "ponto de congruência" entre a sociedade e o sistema jurídico.

Não se pode olvidar, todavia, que a preservação da intimidade pode, muitas vezes, confrontar-se com outros princípios e direitos igualmente garantidos pela Carta Constitucional. Com efeito, os mecanismos de proteção à privacidade podem permitir que o indivíduo sonegue informações que poderiam vir a ser úteis à efetividade do Poder Judiciário.

Não se está, por ora, versando sobre temas típicos do Direito Penal, que repugna a violação de correspondências ou a escuta telefônica, considerando ilícitas as provas produzidas mediante tais práticas, entre outras. Trata-se, no caso, do sigilo que envolve o patrimônio, sobretudo no que tange às aplicações e transações financeiras e às informações patrimoniais prestadas à Fazenda Pública.

Faz-se necessária, dessarte, a flexibilização do direito à preservação da intimidade, sopesando-o com outros igualmente importantes, mormente aqueles relacionados com o resultado útil da prestação jurisdicional.

2.3 O conflito entre princípios constitucionais

Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico brasileiro deve nortear-se, atendo-se aos princípios constitucionais, pelo respeito aos Direitos Fundamentais, garantindo-lhes a efetivação. A preservação da Dignidade da Pessoa Humana deve impregnar a atuação estatal, nas esferas de seus três Poderes.

A propósito, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, tão valorizada pela ordem constitucional pátria, assim versa a Professora FLÁVIA PIOVESAN¹²:

“Conclui-se que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos. A condição humana é requisito único e exclusivo, reiterese, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de qualquer outro critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana se projeta, assim, por

todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade da pessoa humana.”

Na seqüência, tratando especificamente da preocupação da Constituição Federal com a dignidade da pessoa humana, continua¹³:

“À luz desta concepção, infere-se que o valor da cidadania e dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. A partir dessa nova racionalidade, passou-se a tomar o Direitos Constitucional não só como o tradicional ramo político do sistema jurídico da cada nação, mas sim, notadamente, como o seu principal referencial de justiça.”

Por sua vez, é relevante a contribuição de INGO SARLET¹⁴ a respeito do tema, ao relacionar a dignidade da pessoa com a confiança nas instituições e sociais, como se depreende do texto de sua lavra, a seguir transcrito:

“Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo 'a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos', ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas sejam atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e

numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas."

Versando-se, especificamente, sobre o Direito Processual Civil, resalta-se que o respeito à dignidade humana exige a permanente atenção à equação estabelecida por dois fatores: *efetividade e segurança*. A tutela jurisdicional, a propósito, somente cumpre seu papel quando imbuída desses dois elementos, como ensina o Professor CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA.

Conforme ALVARO DE OLIVEIRA¹⁵, tanto a segurança, quanto a efetividade, têm matriz constitucional, sendo o primeiro fator "derivado do próprio Estado de Direito e representado pelo conceito de 'devido processo legal'".

Os referidos fatores (efetividade e segurança) são, porém, paradoxais, na medida em que seus extremos não se coadunam. De fato, a compatibilização dos dois elementos constitui-se no maior desafio dos denominados "operadores do Direito" na atualidade. A obtenção da máxima efetividade da tutela exige celeridade, que, por sua vez, compromete a segurança. E a segurança, que permeia o contraditório, a ampla instrução, o sistema recursal, determina a morosidade dos processos judiciais, que, geralmente, somente atingem seu deslinde após o decurso de muitos anos. Disso, depreende-se que, somente do equilíbrio entre a segurança e a efetividade, pode decorrer a tutela jurisdicional justa, tendo em vista que a decisão morosa e tardia não traduz justiça, bem como também não a traduz o cerceamento da ampla defesa, em nome do trâmite célere.

É importante ressaltar, a propósito, que a Constituição Federal garante o direito à preservação da intimidade, bem como o sigilo da informação, mas a Carta Magna também se preocupa em dotar o processo judicial de efetividade, caracterizada pelo resultado útil, ainda que, para a consecução desse objetivo, tenha de invadir a esfera de privacidade do indivíduo.

A efetividade, aliás, deriva da garantia à dignidade da pessoa humana, bem como da função básica do Poder Judiciário, que visa a impedir o exercício, pelo indivíduo, de suas próprias razões, conferindo ao Estado o poder de solucionar litígios e, eventualmente, utilizar-se de instrumentos de coerção.

Faz-se necessário, nesse íterim, discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, o qual viabiliza a compatibilização entre princípios e interesses dissonantes.

Sobre o tema, assim leciona a Professora ANA CLÁUDIA REDECKER¹⁶:

"Destarte, o princípio da proporcionalidade é o princípio constitucional segundo o qual, sempre que haja poderes que colidam com direitos ou in-

teresses legalmente protegidos dos particulares, a Administração Pública deve atuar segundo o princípio da justa medida, quer dizer, adotando, dentre as medidas necessárias para atingir os fins legais, aquelas que impliquem o sacrifício mínimo dos direitos dos cidadãos. Ou seja, as decisões da administração que afetem direitos e interesses dos cidadãos, só devem ir até onde seja imprescindível para assegurar o interesse público, não devendo utilizar-se medidas mais gravosas quando outras que o sejam menos forem suficientes para atingir os fins da lei.”

Mais adiante, em suas considerações sobre o princípio da proporcionalidade, ressalta a Professora¹⁷:

“O princípio da proporcionalidade consiste, objetivamente, em uma engrenagem essencial do mecanismo político-constitucional de acomodação dos diversos interesses em jogo, em dada sociedade, e, logo, indispensáveis para garantir a preservação de direitos fundamentais, donde se inclui na categoria equiparável das ‘garantias fundamentais’.”

Veja-se, desse modo, que reside na essência do princípio da proporcionalidade a preocupação com a preservação máxima possível dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos, devendo-se optar sempre pela alternativa menos nociva aos interesses do indivíduo, quando em colisão com interesses públicos ou até mesmo outros interesses particulares, que devam ser sopesados. Esse é, indubitavelmente, um dos requisitos mais relevantes a que deve ater-se o princípio da proporcionalidade, como se analisará na seqüência.

Por sua vez, acerca do assunto, também se pronunciou o Professor ANDRÉ TERRIGNO BARBEITAS¹⁸:

“Em estreito vínculo com o método da ponderação dos interesses assume importância o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, levando-se em conta não só os motivos (circunstâncias de fato), os meios e os fins a serem atingidos como, ainda, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade.”

Ainda segundo BARBEITAS, do princípio da proporcionalidade, depreendem-se os requisitos:

- a) da adequação, que exige que as medidas tomadas pelo Poder Público devem ser aptas à consecução dos objetivos pretendidos;
- b) da necessidade ou da exigibilidade, segundo o qual o Poder Público, para atingir os objetivos visados, deve utilizar-se do meio menos gravoso;
- c) da proporcionalidade stricto sensu, que expressa a ponderação entre o ônus decorrente do ato e o benefício produzido, com a finalidade de se examinar se justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.

Citando ROBERT ALEXY, BARBEITAS¹⁹ lembra que este, ao definir seu método de interpretação dos direitos fundamentais, partiu da distinção qualitativa entre regras e princípios jurídicos, entendendo estes como comandos de otimização, concebendo, assim, que fossem obedecidos em diferentes graus, dependendo das regras e princípios a ele opostos. As regras, por sua vez, consubstanciam-se em normas que podem tão-somente ser cumpridas ou descumpridas.

Na seqüência, analisa as soluções diferenciadas que são empregadas nos casos de conflitos entre regras e colisões de princípios. Assevera que, em havendo conflito entre regras, há duas possibilidades de solução, ou mediante a declaração de invalidade de uma delas, ou mediante a inserção, numa das regras, de uma "cláusula de exceção".

Em se tratando de colisão de princípios, todavia, a solução é um ceder diante do outro, sem que isso signifique considerar qualquer deles inválido. Segundo o autor, reportando-se a ALEXY²⁰, "os princípios exprimem razões que podem ser desprezadas por outras razões opostas", impondo, assim, que sejam sopesados, não ocorrendo a mera rejeição de um deles.

Por sua vez, a Professora JULIANA GARCIA BELLOQUE²¹ também contribui com o tema, manifestando-se do seguinte modo:

"Por fim, a verificação da proporcionalidade em sentido estrito consiste na sede própria do sopesamento de valores. Tem lugar a ponderação sobre a precedência dos interesses em conflito, decidindo-se qual deve prevalecer e qual merece parcial sacrifício.

Desta feita, depreende-se que a decretação da quebra de sigilo não pode converter-se em mecanismo de indiscriminada e automática devassa da esfera íntima conservada pelo sigilo financeiro. A valoração acerca da proporcionalidade da medida deve ser feita caso a caso, em cada requerimento, no qual deve vir demonstrada.

Outro não é o comando dos Tratados do Direito Internacional dos Direitos Humanos quando exigem o requisito da necessidade para a limitação do direito à intimidade, o que sobressai no art. 8º da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem - 'in verbis': 'qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja 'necessária' para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros'."

Vê-se, pois, que, a exemplo do que ocorre com o direito ao respeito da vida privada e familiar, também o direito aos sigilos bancário e fiscal foi guindado à categoria de princípio, integrando, portanto, o núcleo do ordenamento jurídico nacional e devendo ser preservado da ingerência da autoridade pública, seja esta administrativa ou judicial. Por outro lado, esse direito também é passível de ser relativizado quando em confronto com valores preponderantes.

A despeito de ser defensor de uma interpretação de espectro extensivo ao direito de preservação da intimidade, o emérito tributarista IVES GANDRA DA SILVA MARTINS²² reconhece a possibilidade de esse direito sucumbir perante interesse público, como se infere do seguinte comentário:

"É, neste particular, que me parece absolutamente correta a postura do legislador e da jurisprudência em preservar o sigilo bancário do arbítrio e admitir sua quebra sempre que houver autorização judicial. A autorização judicial que exterioriza o exame imparcial da licitude do pedido só deve ocorrer na hipótese em que o interesse público assim o esteja exigindo e de que o sigilo esteja acobertando casos de sonegação evidente e não de mero palpito por parte da fiscalização. Não pode o Poder Judiciário hospedar uma 'fishing exploration' que, comumente, os agentes fiscais promovem na tentativa de conseguir

apurar faltas de recolhimento tributário, sem dados mais precisos.”

Não é por outra razão que a legislação vigente autoriza a quebra do sigilo em diversas hipóteses, sobretudo em se tratando de apuração de crimes financeiros ou fraudes tributárias, que acarretariam prejuízos ao Erário. Nesses casos, o interesse público prevaleceria sobre o interesse individual, de que está imbuído o direito à preservação da intimidade.

O Promotor de Justiça CARLOS ALEXANDRE MARQUES²³, ao tratar da atuação do Ministério Público, no que se refere à quebra dos sigilos bancário e fiscal, assim explanou:

“Centrando a análise na atuação ministerial, tem-se que o sigilo bancário e fiscal pode e deve ser quebrado mediante decisão judicial quando houver inequívoco interesse em se descobrir a verdade sobre fato maculado de ilicitude penal, tributária ou administrativa, porquanto o que a lei veda é o fornecimento indiscriminado e imotivado de informações sigilosas.

Não há abuso de autoridade em tal providência nem no pedido nem na decisão que o acolhe - se concedida a ordem no âmbito de inquérito civil ou policial, ou, mais tarde, na fase processual. Ora, existindo indícios de ilícitos praticados, não há como negar a derrubada do sigilo, desde que resguardada posteriormente a divulgação das informações obtidas, circunscritas à extensão do pleito ministerial e à discussão judicial do assunto, sob as penas da lei (art. 38, § 7º, da Lei 4.595/64).”

Corroborando a necessidade de relativização do direito aos sigilos bancário e fiscal, também se manifestou o Promotor de Justiça EPAMINONDAS DA COSTA²⁴, ressaltando a importância da quebra desses sigilos para o desempenho das funções do Ministério Público:

“Pois bem, não se pode ignorar que a quebra do sigilo bancário e/ou fiscal se constitui em destacada instrumento norteador da atividade investigatória interna do Ministério Público, com vistas a defesa do patrimônio público.

De fato, a experiência tem nos mostrado a todos que, com o rompimento deste segredo, é possível desvendar, não raro, o enriquecimento ilícito de agente público, especialmente na hipótese concreta em que o servidor deposita em sua conta ban-

cária cheques de fornecedores da repartição pública, na qual ele trabalhe. E neste sentido já tivemos um caso real, onde tais depósitos se referiam ao pagamento de propinas, sem o correspondente lançamento na contabilidade da empresa.

Destarte, não se pode conceber a autonomia administrativa da Instituição se ela não puder diretamente deliberar sobre a oportunidade e conveniência da quebra do sigilo bancário e/ou fiscal, como atividade inerente às suas próprias funções institucionais, como quis o legislador constituinte do ano de 1988.”

Assim, do mesmo modo que se entende passível de relativização o direito aos sigilos bancário e fiscal, quando se pretende apurar crimes ou fraudes tributárias, também seria plenamente justificável que esse direito à preservação da intimidade - alçado à condição de princípio - cedesse ante outros princípios, representativos, na hipótese fática, de valores prevalecentes. É nesse argumento que se alicerça a pretensão de que seja autorizada, corriqueiramente, a quebra de sigilos bancário e fiscal em processos de execução civil, visando ao resultado útil.

Com efeito, a escassez de resultados úteis nos processos de execução por quantia certa no Brasil implicam, quando constatada a excessiva tutela dos direitos do devedor, o descrédito no Poder Judiciário, ferindo interesse público, na medida em que a credibilidade nas instâncias judiciais é fundamental para a manutenção da ordem e da democracia. Situação diversa poderia acarretar o caos nas relações sociais, propiciando o exercício das próprias razões, subtraindo do Estado o poder de solver os litígios.

A questão sobre a qual ora se versa, no entanto, será melhor examinada no próximo capítulo.

Enfim, deste capítulo, deve-se enfatizar a lição de que se estando diante de dois princípios aparentemente incompatíveis, não se deve objetivar a supressão de um deles, a fim de que subsista apenas o outro. É imperiosa, na hipótese, a apreciação das razões de que ambos são imbuídos, possibilitando-se, a partir desse confronto, identificar quais delas devem persistir no caso em concreto, sinalizando o princípio preponderante.

3 A quebra dos sigilos bancário e fiscal

3.1 As Leis Complementares nºs 104 e 105/2001

Como já fora analisado, no entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, a preservação dos sigilos bancário e fiscal tem assento no artigo 5º, inciso X, da Carta Constitucional, que visa a proteger a intimidade.

Cumpra ressaltar, porém, que o sigilo bancário, no Brasil, nasceu como direito consuetudinário, tendo sido contemplado em texto legal, pela primeira vez, com o advento da Lei nº 4.595/64, em seu artigo 38 e parágrafos, que previa a quebra do sigilo pela autoridade judicial e limitadamente "às partes legítimas da causa"; pelas comissões parlamentares de inquérito e pelos agentes fiscais da União e do Estado, quando houvesse processo instaurado e quando a medida fosse considerada indispensável pela autoridade competente.

A Lei nº 7.492/86, por sua vez, que versa sobre os crimes contra o sistema financeiro, viabilizou ao Ministério Público a quebra do sigilo nos casos de crime financeiro, assim prevendo:

"Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência relativa à prova dos crimes previstos nesta Lei.

§ único. O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo."

Na seqüência, a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) explicitou a permissão concedida aos agentes do Ministério Público de requisitar informações e documentos, ainda que protegidos pelo sigilo, com a ressalva de que aquele que procedesse à requisição ficava responsável pelo uso indevido (artigo 26, § 2º²⁵).

Posteriormente, a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal) fixou as mesmas prerrogativas previstas pela lei anteriormente mencionada, expressando, em seu artigo 8º, inciso VIII, que o membro do Ministério Público tem "acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública".

LUÍS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO²⁶ destacou as discussões acerca do assunto, considerando-se que o entendimento corrente da jurisprudência firmou-se no sentido de que o Ministério Público e a administração pública somente poderiam quebrar o sigilo bancário mediante ordem judicial. Além disso, fixou-se o entendimento de que a Lei nº 4.595/64 fora recepcionada como lei complementar, hierarquicamente superior, portanto, à lei ordinária que se constituiu na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), motivo pelo qual este somente poderia quebrar o sigilo bancário nas hipóteses da Lei nº 7.492/86, ou seja, nos casos de caracterização de crimes financeiros.

Em suma, entendia-se que, se a Constituição Federal vedou a quebra do sigilo bancário, por considerar uma violação ao direito à intimidade, não poderia lei infraconstitucional criar exceções.

Na seqüência, surgiu a Lei nº 9.034/94, que revogou a Lei nº 7.492/86 - que autorizava o Ministério Público a quebrar o sigilo bancário -, na medida em que prescreveu, em seu artigo 3º, que, na hipótese de possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência deveria ser realizada pessoalmente pelo Juiz, com adoção do mais rigoroso segredo de justiça.

Assim, com o advento dessa lei, restringiu-se ao Poder Judiciário a possibilidade de ter acesso às informações sigilosas, com a autorização da quebra dos sigilos bancário e fiscal.

Nos termos da legislação então vigente, a administração pública, em consonância com os artigos 197, inciso II, § 1º, do Código Tributário Nacional, e 38, § 5º, da Lei nº 4.595/64, somente poderia ter acesso a informações sigilosas quando da existência de processo judicial instaurado, não bastando processo administrativo, havendo necessidade, outrossim, de autorização da autoridade judiciária competente.

Veja-se que, na época, assim estava redigido o artigo 198 do Código Tributário Nacional:

“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades. § único. Excetuam-se do disposto neste artigo, unicamente, os casos previstos no artigo seguinte e os de requisição regular da autoridade judiciária no interesse da justiça.”

O artigo 199 do Código Tributário, por sua vez, apenas previa a possibilidade de assistência mútua entre as fazendas públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para fiscalização dos respectivos tributos e permuta de informações.

Reportando-se ao que já houvera sido dito no primeiro capítulo, nosso ordenamento jurídico, após um período de duas décadas de restrições aos direitos fundamentais, como corolário lógico de um regime totalitário, preocupou-se, especialmente por meio da Constituição Federal, em oferecer o máximo possível de garantias aos direitos individuais, tornando-os passíveis de violação somente em situações excepcionabilíssimas. Conferiu, ainda, ao Poder Judiciário o papel de guardião dos direitos fundamentais, sendo, portanto, exclusivamente autorizado a restringir tais direitos, em face de valores considerados relevantes.

Como sói acontecer, porém, em toda evolução histórica, a períodos de grandes concessões, sucedem-se períodos de acomodações e de esta-

belecimento de novos limites, impostos pela experiência prática. Com efeito, a sociedade brasileira passou a conviver, diariamente, com notícias sobre escândalos financeiros, corrupções desvendadas, desvios de recursos, sonegações fiscais, fraudes e especulações financeiras. Frisa-se que tais fatos, em regra, não eram decorrentes dos novos ventos de liberdade - a maioria, inclusive, perpetuava-se há décadas, e só veio à tona graças à democracia restaurada -, mas o resultado disso foi o anseio pela flexibilização das regras que regiam as hipóteses de quebra dos sigilos bancário e fiscal.

Surgiu, então, a Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001, que alterou os artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional, que passaram a ser assim redigidos:

“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da Fazenda Pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão do ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

§ 1º. Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no artigo 199, os seguintes:

I - requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II - solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º. O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3º. Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I - representações fiscais para fins penais;

II - inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III - parcelamento ou moratória.”

No que tange ao artigo 199, houve a inserção do parágrafo único²⁷, que autorizou a permuta de informações da Fazenda Pública da União

com Estados estrangeiros, em havendo interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos.

Já se vislumbrou, nesse diploma legal, uma significativa mudança no trato da questão do sigilo fiscal, na medida em que autorizou a quebra mediante solicitação de autoridade administrativa, *bastando a comprovação da instauração de processo administrativo*, dispensando, assim, a antes imprescindível autorização judicial. Evidenciou-se, assim, uma flexibilização da norma da preservação do sigilo, ao confrontá-lo com valores relevantes, sobrepondo interesses públicos aos interesses particulares.

Na mesma data, 10 de janeiro de 2001, surgiu a Lei Complementar nº 105, que dispôs, expressamente, sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, elencando as hipóteses em que a quebra desse sigilo poderia ser decretada, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, visando, sobretudo, o combate às atividades criminosas. Aceitou com sanções penais e administrativas para o agente que quebrasse o sigilo das operações financeiras injustificadamente.

De qualquer forma, a Lei Complementar nº 105/2001 representou uma relativização do direito ao sigilo, ensejando, inclusive, críticas, segundo as quais teria viabilizado a quebra indiscriminada do sigilo.

A Professora MELISSA FOLMANN²⁸ lembra que Ney Lopes, relator do projeto, chegou a propor um substitutivo, que restringisse os limites da fiscalização, consubstanciado, no seguinte texto:

“Art. 4º. O requerimento de quebra de sigilo deverá ser sempre motivado, sobretudo quando as informações visem à instauração de processo judicial, devendo a autoridade decidir no prazo de até setenta e duas horas.

§ 1º Transcorrido o prazo a que se refere o 'caput' deste artigo, sem a manifestação da autoridade judiciária, o solicitante poderá reiterar o pedido ao Presidente do Tribunal respectivo, que terá igual prazo para deliberar.”

Tal substitutivo foi rejeitado. E, nas palavras de MELISSA FOLMANN²⁹, “o projeto aprovado em detrimento da proposta de Ney Lopes subtraiu do judiciário a apreciação da violação ou não do sigilo”.

Nesse ínterim, é importante ter presente que a Professora MELISSA FOLMANN não vê com bons olhos a edição da Lei Complementar nº 105/2001, por entender que o diploma legal afrontou o texto constitucional, não somente no que diz respeito ao direito à preservação da privacidade (art. 5º, inciso X) e do sigilo (art. 5º, inciso XII), como também no que tange ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), à decisão fundamentada (art. 93, inciso IX), à presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII).

Afrontaria, também, os princípios da tripartição de poderes e da proporcionalidade, na medida em que haveria um desequilíbrio entre o meio utilizado e o fim pretendido, tornando injustificável a quebra do sigilo.

Também critica a legislação ora vigente sobre a quebra de sigilos o Professor MARCELO FIGUEIREDO³⁰, como se depreende de sua manifestação, *in verbis*:

“É fora de dúvida que a Administração Tributária tem competência para fiscalizar, examinar, confrontar, livros, documentos, diários contábeis - enfim, toda sorte de 'documentação', desde que referidos documentos tenham 'relação com a obrigação tributária', individualmente considerada. Aceitar tese oposta certamente significará consagrar regime de exceção e de devassa tributária. Nessa direção, as reformas invertem o princípio da segurança jurídica, da boa-fé do contribuinte, ao colocarem todos os cidadãos brasileiros sob permanente estado de suspeição e de suspense tributário.

(...)

É bem de ver que a lógica do sistema está equivocada e invertida.

Mesmo em países onde existem medidas mais drásticas de controle tributário e fiscal - como é o caso da Espanha, onde é permitida inclusive ao juiz de instrução (agente administrativo especial) autorização para ingressar no domicílio de pessoas investigadas - há, em contrapartida, possibilidade de denegação de consentimento, há um juízo de 'razoabilidade e proporcionalidade' no deferimento da medida.”

Nesse aspecto, discordo dos enfoques propostos pelos autores acima referidos, pois entendo que, a justificar a quebra dos sigilos bancário e fiscal, desponta, sobremaneira, exatamente o princípio da proporcionalidade, que julgam ofendido. Deparando-se o intérprete da lei com o conflito entre dois valores considerados relevantes pela ordem jurídica vigente, guindados, até mesmo, à categoria de norma constitucional, é imperativo sopesar tais valores à luz do princípio da proporcionalidade!

Dessa forma, os sigilos bancário e fiscal devem ser amplamente discutidos, com relativização de suas regras e flexibilização de suas quebras, mormente porque a obtenção de informações sobre o patrimônio

do indivíduo contribui sensivelmente para o alcance do resultado útil no processo judicial, seja este na esfera criminal, seja na esfera cível.

3.2 O devido processo legal

Por todo o exposto, verificou-se que o direito aos sigilos bancário e fiscal é um direito individual não absoluto, assim como os demais direitos subjetivos no ordenamento jurídico brasileiro. Sua limitação, como já se viu, está condicionada à prevalência de interesse público relevante.

Sobre a relatividade de direitos fundamentais, é oportuno lembrar as lições de NORBERTO BOBBIO³¹, que assim se pronunciou sobre o assunto:

“O direito a não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar. Esses dois direitos podem ser considerados absolutos, já que a ação que é considerada ilícita em consequência de sua instituição e proteção é universalmente condenada. Prova disso é que, na Convenção Européia dos Direitos do Homem, ambos esses direitos são explicitamente excluídos da suspensão da tutela que atinge todos os demais direitos em caso de guerra ou de outro perigo público (cf. art. 15 § 2). Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.”

Retornando ao tema sobre o qual especificamente se discorre, resalta-se que a limitação ao direito fica evidenciada na legislação que versa sobre os sigilos bancário e fiscal, reiterando sua necessária preservação, mas estabelecendo, por outro lado, regras que permitem sua quebra.

Conforme JULIANA GARCIA BELLOQUE³², surge a necessidade de "preenchimento de um feixe confluyente de requisitos, sempre operantes quando das ingerências estatais na esfera de liberdade do indivíduo". Assim, a quebra do sigilo financeiro deve atender a regras que garantam o devido processo legal, consagrado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LIV³³.

Segue afirmando, dessa forma, que o deferimento da quebra dos sigilos bancário e fiscal depende de decisão fundamentada oriunda de "autoridade judiciária constitucionalmente competente". Frisa-se, a propósito, que a motivação da decisão está insculpida na Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX³⁴, representando uma garantia contra a arbitrariedade e a discricionariedade, além de reduzir a possibilidade de o Magistrado agir com parcialidade, na medida em que deve expor, com clareza, as razões que o levaram a decidir de um modo e não de outro.

A fim de corroborar a necessidade de decisão fundamentada em casos de quebra de sigilo financeiro, não sendo suficiente a mera indicação de dispositivo legal, a Professora JULIANA BELLOQUE reporta-se a MIGUEL REALE JÚNIOR³⁵, que assim se manifestou sobre o tema:

“A fundamentação não significa dar apenas razões em função das quais se impõe a quebra da inviolabilidade, mas sim justificar, concretamente, a legitimidade desta violação excepcional, diante de elementos efetivos sinalizadores da ocorrência de fato determinado, a ser apurado, necessariamente, por meio do acesso aos dados bancários.”

Outro requisito que deve ser observado diz respeito à reserva da informação obtida mediante quebra do sigilo financeiro ao conhecimento exclusivo das partes envolvidas, não devendo ser exposta para ciência de terceiros. Aquele em benefício de quem foi deferida a quebra do sigilo deve ter acesso à informação justamente para que obtenha resultado útil no processo judicial, independentemente de ser cível ou penal. Já aquele que teve o sigilo financeiro quebrado deve ter acesso à informação prestada pelas instituições bancárias ou pela Fazenda Pública, a fim de que possa oferecer adequada defesa, sem prejuízo do contraditório.

3.3 A crise de efetividade do processo civil brasileiro.

O processo civil, no ordenamento jurídico brasileiro, vive, indubitavelmente, uma crise de grandes proporções, considerando-se que seu papel de instrumento apto a solucionar os litígios vem sendo amplamente contestado pela sociedade. Com efeito, é indiscutível que o processo, assim como previsto pelas legislações constitucional e infraconstitucional vigentes, padece de um desequilíbrio entre a segurança e a efetividade, características estas das quais não poderia prescindir para atingir seu desiderato.

De fato, o confronto entre a efetividade e a segurança, ambos fatores imprescindíveis a uma decisão justa, concerne a todas as discussões que se relacionam com o Direito Processual Civil Brasileiro. Deve-se atingir um estado de equilíbrio entre os dois fatores, sob pena de instabilizar o processo judicial. Assim como mudanças fizeram-se e fazem-se necessárias para garantir maior efetividade à tutela jurisdicional, também não se pode conceber, em outro extremo, a supressão da segurança. De fato, a coisa julgada - apesar de suas relativizações nos dias atuais - deve ser respeitada, a fim de garantir a estabilidade das decisões judiciais e de suas conseqüências. Além disso, faz-se necessário que as decisões judiciais não causem surpresas às partes, em razão de criatividade inesperada: inovações são bem-vindas, mas devem acompanhar as evoluções da sociedade, não se constituindo em atos isolados.

Esse permanente embate entre dois conceitos - efetividade e segurança - que, aparentemente, não se compatibilizam encontra-se presente na maioria das propostas e medidas já realizadas com o intuito de aperfeiçoar o Direito Processual Civil Pátrio. Evidencia-se que a conformação original do processo civil nacional privilegiava, como se verificou na prática, a segurança, em detrimento da efetividade.

O exame dessa questão deve ser realizado à luz dos ensinamentos do Dr. CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA³⁶, que, de forma elucidativa, discorreu amplamente sobre a necessidade de conciliação entre a efetividade e a segurança no processo judicial, como se infere de suas conclusões:

“À vista do exposto, pode-se concluir que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano

objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça.

Em suma, com a ponderação desses dois valores fundamentais - efetividade e segurança jurídica - visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo."

Os procedimentos processuais, em regra, apresentam um trâmite longo e complexo, com amplo espaço para a instrução e o contraditório, e uma rica variedade de instrumentos recursais, que, ao lado da morosidade que imprimiram à marcha processual, inviabilizaram os Tribunais Superiores - abarrotados de recursos, que deveriam ser especiais ou extraordinários, como indicam suas denominações - e enfraqueceram o Juízo Monocrático de Primeira Instância - que, raramente, decide definitivamente o feito.

As reformas processuais havidas na última década, analisadas sob a ótica de sua finalidade, tiveram por objetivo corrigir as distorções que estavam inviabilizando a efetividade das tutelas jurisdicionais pretendidas. A tutela antecipada, por exemplo, tão restrita na concepção originária do Código de Processo Civil, datado de 1973, tornou-se, em razão das alterações legislativas, medida amplamente concedida nos processos judiciais. Veja-se que, anteriormente, ressalvados os casos em que a concessão de liminares era prevista expressamente, à parte somente era garantido o eventual resultado de uma demanda - ainda que ausente a possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença - pela via cautelar, nos casos em que houvesse risco de, pela demora, sacrificar-se, parcial ou totalmente, a efetividade.

A ampliação do espectro e do cabimento das antecipações de tutela ocorreu em nítido benefício da efetividade processual, apesar de sacrificar, significativamente, em muitos casos, a segurança da prestação jurisdicional.

Do mesmo modo, os Juizados Especiais, da Justiça Estadual e da Justiça Federal, em muito vêm contribuindo para a efetividade da tutela pretendida. Previstos para o ingresso de demandas que atendam a determinados critérios, sobretudo relativos aos valores econômicos *sub judice*, os Juizados Especiais enfrentam, desde suas criações, muitas críticas a respeito da qualidade técnica de suas decisões e da restrição do contraditório e das possibilidades recursais.

Não se nega a primeira deficiência, que, aliás, não é ínsita a seus procedimentos, podendo ser corrigida por meio da melhor qualificação e do aperfeiçoamento de seus operadores. Deve-se aplaudir, entretanto, o fato de que os Juizados supramencionados proferem suas decisões com agilidade e em curto espaço de tempo, em razão dos procedimentos processuais para eles previstos. Com efeito, questões singelas, que

envolvam quantias de pequena monta, exigem pronta resposta do Poder Judiciário, com restrição das vias recursais. Caso contrário, tais questões restariam imiscuídas com outras de solução mais complexa, acompanhando-as em seu trâmite naturalmente mais lento e repleto de incidentes.

Ademais, os Juizados Especiais desempenham um relevante papel na solução de litígios por meio de acordos judiciais. A ênfase na conciliação permite um deslinde mais efetivo, em razão de que o fim da controvérsia é determinado pelas próprias partes envolvidas, que, portanto, não se submetem a uma decisão proveniente de um terceiro - o Estado.

Deve-se ter presente, outrossim, que as demandas judiciais avolumam-se de tal modo que tornam impossível o atendimento célere pelo Poder Judiciário, resultando disso processos que não atingem seu deslinde antes de cinco anos de tramitação, em média. O aspecto mais relevante, porém, decorre da constatação de que, somando-se à demora na tramitação, a sentença condenatória impescinde, em regra, do ajuizamento de demanda de execução, também bastante morosa, que, muitas vezes, resta frustrada pela dificuldade enfrentada pelo credor para localizar bens do devedor, com o objetivo de satisfazer seu crédito.

Expressivas são, outrossim, as reformas processuais que se operaram e que continuam se operando nos procedimentos de execução, que se constituem na ponta mais visível do *iceberg* da falta de efetividade do processo judicial brasileiro. Após longo e demorado processo de conhecimento, instaura-se novo processo - de execução -, baseado no título executivo judicial. Tal processo também se revela moroso, complexo, mesmo na ausência de oposição de embargos de devedor, que podem torná-lo tão demorado quanto a demanda que originou o título. Melhor sorte não têm os processos de execução alicerçados em título executivo extrajudicial.

Com o desiderato de aperfeiçoar a execução, leis, como a Lei nº 10.444/2002, e projetos propostos por Juristas renomados, procuram dar novas feições aos procedimentos. A ampliação das hipóteses de antecipação de tutela, o alargamento radical dos efeitos da execução provisória - com a previsão de caução -, e, até mesmo, o desaparecimento da execução de título judicial - que se tornaria corolário lógico do processo de conhecimento - são algumas das alterações trazidas ao ordenamento jurídico, que visam a conceder efetividade aos procedimentos.

Evidencia-se que a crise de efetividade processual no Brasil reside, sobretudo, no processo de execução, considerando-se que, neste, a carência de resultados úteis tende a ampliar a insatisfação dos demandantes. Com efeito, independentemente de se tratar de título executivo judicial ou extrajudicial, é fato inegável que o número de execuções fadadas ao insucesso vem aumentando diariamente.

Tal fato decorre, em regra, da insolvência do devedor, situação esta em que seu patrimônio não é suficiente para garantir o pagamento de suas dívidas. E, no caso de efetiva insolvência, não há, realmente, condições fáticas de solução do litígio.

Por outro lado, é rotineira a utilização de subterfúgios pelo demandado para ocultar seu patrimônio ou transferi-lo sorrateiramente, de modo a preservá-lo da expropriação, sob o pálio dos sigilos bancário e fiscal. Conquanto exija procedimentos investigatórios e provas documentais e testemunhais contundentes, a segunda hipótese - transferência patrimonial - já está abrangida pelos mecanismos de constatação de fraudes aos credores ou à execução. A primeira hipótese - ocultação patrimonial -, entretanto, é a que diz respeito ao tema ora examinado.

A jurisprudência, nos diversos tribunais, é diversificada, mas ainda tende a restringir severamente as possibilidades de quebra de sigilos bancário e fiscal, apesar da previsão legal de que, dentre os bens penhoráveis³⁷, o dinheiro figura em primeiro lugar, justamente por facilitar a satisfação do crédito, dispensando a realização de praças e leilões, dependendo, apenas, da expedição de alvarás.

Faz-se necessário, pois, estabelecer critérios menos rigorosos para a quebra de sigilos bancário e fiscal, evitando o enriquecimento injustificado - vedado pelo ordenamento jurídico vigente - e viabilizando, corriqueiramente, o conhecimento pleno acerca do patrimônio do devedor.

O processo de execução necessita, imperiosamente, de instrumentos facilitadores, visando ao resultado prático, com satisfação do crédito do exequente.

A quebra dos sigilos bancário e fiscal deve tornar-se rotineira em procedimentos de execução, considerando-se, precipuamente, a ordem de bens penhoráveis indicada pelo Código de Processo Civil, que visa a possibilitar a imediata satisfação do crédito do demandante.

Frisa-se, em primeiro lugar, que a quebra dos sigilos bancário e fiscal não representa violação ao direito do devedor a sua privacidade, tendo em vista que o simples acesso a saldos de contas bancárias não traduz invasão da intimidade do titular, na medida em que não se toma conhecimento de suas movimentações e da destinação de seu dinheiro.

Dada a pertinência, convém transcrever a impressão do Juiz Federal AMÉRICO BEDÊ FREIRE JÚNIOR³⁸ sobre esse aspecto do tema:

“Parece-me, por outro lado, que é mais ofensivo à intimidade o direito que a Administração possui de verificar o conteúdo de uma mala de qualquer passageiro que desembarca em território nacional do que a simples verificação dos valores de uma conta bancária e não se questiona a constitucionalidade da primeira medida sem ordem judicial.”

Efetivamente, não é crível que se entenda que haja violação da privacidade do indivíduo quando não se está promovendo uma investigação tendente a constatar os motivos de suas despesas - aliás, o exame da destinação dos recursos monetários situa-se na seara do enfrentamento das fraudes aos credores ou à execução. Dessa forma, a ciência da existência de valores em contas bancárias de titularidade do devedor nada mais representa do que conhecimento sobre o real montante de seu patrimônio.

Assim como o credor tem acesso a informações prestadas pelo Registro Público de Imóveis, bem como pelos DETRAN's, é relevante, para a efetividade do processo, que tenha conhecimento de saldos bancários e fundos de investimentos do executado, uma vez que todo o patrimônio responde pelas dívidas.

A respeito do tema, reporta-se à lição do Dr. OVÍDIO BATISTA³⁹:

“O objeto da execução, portanto, não é a pessoa do devedor e sim os seus bens, compreendido este conceito em seu sentido mais amplo, como qualquer valor jurídico capaz de ser transferido do patrimônio do obrigado para o patrimônio do credor, para satisfação de seu direito.

(...)

O Código de Processo Civil prescreve, em seu art. 591: 'o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei'. Com essa fórmula, quer a lei significar que tanto os bens existentes no momento do nascimento da obrigação, quanto aqueles que o devedor porventura venha a adquirir depois, respondem perante o credor para o cumprimento da obrigação.

Essa fórmula, embora sendo no fundo verdadeira, deve ser interpretada com cautela, pois, como a doutrina observa, ao dizer a lei que todos os 'bens presentes' do devedor respondem para o cumprimento de suas obrigações, poderíamos imaginar que os bens existentes em seu patrimônio, ao tempo em que a obrigação se tenha formado, ficariam imobilizados, sem que o devedor tivesse o direito de aliená-los livremente, o que não é verdade. A constituição da obrigação, em princípio, não impede a livre circulação dos bens do devedor, a não ser que ele, desfazendo-se de seu patrimônio, fique reduzido à insolvência, caso em que o cre-

dor poderá valer-se de alguma medida preventiva para evitar que essa insuficiência patrimonial acarrete a impossibilidade de satisfação do crédito; ou, se tal for impossível, sujeitar-se, enfim, à execução coletiva, concursal, a que concorrem todos os credores, sobre um patrimônio, em princípio insuficiente.”

Não há dúvidas de que o processo civil vem sofrendo sérias críticas, por não estar conseguindo atender às necessidades da sociedade, por não ser efetivo, por não obter resultados práticos.

As sentenças condenatórias, pois, tornam-se, muitas vezes, peças decorativas, tendo em vista que os processos de execução com base nelas propostos têm sido marcados pela escassez de êxito. Êxito, no processo de execução, traduz-se por satisfação do crédito do exequente, o que somente se faz possível quando ocorre o pronto pagamento pelo devedor ou quando se localizam seus bens penhoráveis, visando a sua alienação judicial, na sub-rogação realizada pelo Estado.

Faz-se necessário, pois, ampliar os instrumentos de localização de bens, flexibilizando-se as regras que possibilitam quebrar os sigilos bancário e fiscal, de modo que se viabilize, sem óbices, o acesso às informações sobre o patrimônio do devedor.

Deve-se ter presente, por outro lado, que o ordenamento jurídico vigente protege o indivíduo contra arbitrariedades, abusos e condutas irregulares de sedizentes credores, uma vez que tais ocorrências geram o dever de indenizar, nas hipóteses em que a quebra dos sigilos bancário e fiscal venha a causar prejuízos materiais ou morais àquele que tiver seu patrimônio exposto indevidamente.

Convém ressaltar, ainda, que a Justiça do Trabalho, ao longo de sua existência, sempre foi paradigma de inovações no processo civil brasileiro - o que não deixa de ser paradoxal, na medida em que os dispositivos do Código de Processo Civil devem ser subsidiariamente empregados no processo trabalhista, a despeito de este, muitas vezes, ser a fonte inspiradora de mudanças no diploma processual civil. Hodiernamente, a Justiça Trabalhista tem procedido, largamente, à penhora on line, que permite a constrição dos saldos bancários do devedor, a partir de um comando emitido ao Banco Central. Trata-se, indubitavelmente, de um instrumento judicial que imprime celeridade e efetividade ao processo.

É relevante frisar que há interesse público em confronto com o direito individual à privacidade mesmo quando se versa sobre uma simples execução por quantia certa que envolva dois particulares figurando como credor e devedor. Afirmo isso com base no argumento de que o processo civil instrumentaliza a sub-rogação do Estado na posição do credor - que não pode, por suas próprias forças, avançar sobre o patrimônio do devedor. A credibilidade no processo, portanto, reflete

diretamente na credibilidade que o indivíduo deposita no Estado, sem a qual seus agentes não se legitimam.

Dessarte, a efetividade do processo de execução e a obtenção de resultados práticos são almejo de toda a sociedade, possibilitando, portanto, a recuperação da confiança no Poder Judiciário como fonte de solução para os litígios.

Nas palavras do Professor CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA⁴⁰, "numa época em que não se pode mais aspirar a certezas, impõe-se perseverar em busca do ponto de equilíbrio, porque tanto a colaboração dos sujeitos do processo quanto a efetividade mostram-se realmente importantes para que o Poder Judiciário melhor se legitime junto à sociedade civil".

Enfim, diante de todo o exposto, não há dúvidas de que, preservando-se a segurança, se impõe ao Direito Processual Civil Brasileiro a necessidade de flexibilizar as normas de preservação dos sigilos bancário e fiscal, em nome da efetividade da tutela jurisdicional no processo de execução.

4 Conclusão

Deparando-se com dois princípios aparentemente incompatíveis, não se deve visar à supressão de um deles, a fim de que subsista apenas o outro. É imperiosa, na hipótese, a apreciação das razões de que ambos são imbuídos, viabilizando-se, a partir desse confronto, a identificação de quais delas devem persistir no caso em concreto, sinalizando o princípio preponderante.

A Constituição Federal garante a preservação da intimidade, mas também sustenta a efetividade do processo judicial, sendo que esta é condição para que o indivíduo deposite credibilidade no Estado, como fonte de solução dos litígios.

O mecanismo do processo de execução no ordenamento jurídico nacional tende a proteger o devedor, em razão da concepção de que se trata da parte mais frágil na relação jurídico-processual. Dessa forma, o Estado, no exercício da função jurisdicional, costuma atribuir, exclusivamente, ao credor a atividade de localização de bens do executado, a qual fica restrita, em regra, à verificação de registros públicos, referentes a imóveis e a veículos automotores. Tal verificação, aliás, já se demonstra ineficaz pelo fato de não haver integração de informações nos registros imobiliários.

Ademais, é bastante comum a utilização de subterfúgios pelo demandado para ocultar seu patrimônio ou transferi-lo a terceiros, de modo a preservá-lo da expropriação, sob a proteção dos sigilos bancário e fiscal. Embora exija procedimentos investigatórios e provas robustas, a segunda hipótese - transferência patrimonial - encontra solução na constatação de fraudes aos credores ou à execução. A primeira hipótese

- ocultação patrimonial -, porém, impõe a quebra dos sigilos bancário e fiscal, com a finalidade de expor o patrimônio do devedor.

Frisa-se, ainda, que o dinheiro ocupa a primeira posição na ordem preferencial de bens penhoráveis, justamente por possibilitar, de forma mais efetiva e célere, a satisfação do crédito. Assim, o acesso a informações relativas aos depósitos em dinheiro e aplicações financeiras de titularidade do devedor torna-se cada vez mais necessário, tendo em vista que ampliaria as chances de êxito das demandas judiciais.

A quebra dos sigilos bancário e fiscal, dessa forma, constitui-se em ferramenta relevante para assegurar a efetividade e o resultado útil no processo de execução, propugnando-se sua flexibilização, de modo a ser autorizada com menos óbices e maior frequência.

Notas

- 1 Monografia de conclusão do curso de Especialização em Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- 2 Artigo 38, *caput*, e § 7º, da Lei 4.595/1964, e artigos 1º e 10 da Lei Complementar 105/2001.
- 3 DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Tributário**. nº 88, 2004, p. 106.
- 4 BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 16.
- 5 Código Penal, artigo 325. "Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação: Pena - detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: I - permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; II - se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa."
- 6 FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 75.
- 7 Código Tributário Nacional, artigo 113. "A obrigação tributária é principal ou acessória. (...) § 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. (...)"
- 8 BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 21-22.
- 9 SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. nº 01, 2003, p. 62.
- 10 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1994, p. 450.

- 11 FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 26.
- 12 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. n. 02, 2004, p. 87.
- 13 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. n. 02, 2004, p. 92.
- 14 SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. n. 02, 2004, p. 127.
- 15 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **O Problema da Eficácia da Sentença**. Ensaio destinado a integrar livro em homenagem a Giuseppe Tarzia.
- 16 REDECKER, Ana Cláudia. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Direito & Justiça - Revista da Faculdade de Direito da PUCRS**. v. 20, 1999, p. 10-11.
- 17 *Ibidem*, p. 12.
- 18 BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 70.
- 19 *Ibidem*, p. 67.
- 20 ALEXY, Robert *apud* BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 68.
- 21 BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 109.
- 22 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário em matéria fiscal. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. n. 12, 1996, p. 76.
- 23 MARQUES, Carlos Alexandre. A natureza do pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal e alguns comentários práticos da atuação do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**. n. 736, fevereiro, 1997, p. 536.
- 24 COSTA, Epaminondas da. Defesa do patrimônio público, sigilo bancário/fiscal e autonomia administrativa do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**. n.º 746, dezembro, 1997, p. 121-122.
- 25 Lei nº 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público -, artigo 26, § 2º. "O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo."
- 26 CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à privacidade. **Revista da EMERJ**. v. 01, nº 02, 1998, p. 62.
- 27 Código Tributário Nacional, artigo 199. "A Fazenda Pública da União e as dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios prestar-se-ão mutuamente assistência para a fiscalização dos tributos respectivos e permuta de informações, na forma estabelecida, em caráter geral ou específico, por lei ou convênio. § único. A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos."
- 28 FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 109-110.

- 29 FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 110.
- 30 FIGUEIREDO, Marcelo. O sigilo bancário e fiscal - algumas dimensões jurídico-políticas. **Revista de Direito Tributário**. nº 84, 2003, p. 164.
- 31 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução de Carlos Nelson Coutinho. 16ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 42.
- 32 BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.
- 33 Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIV - "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal."
- 34 Constituição Federal, artigo 93. "Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes; (...)."
- 35 REALE JÚNIOR, Miguel *apud* BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.
- 36 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 273-274.
- 37 Código de Processo Civil, artigo 655. "Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: I - dinheiro; II - pedras e metais preciosos; III - títulos da dívida pública da União ou dos Estados; IV - títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa; V - móveis; VI - veículos; VII - semoventes; VIII - imóveis; IX - navios e aeronaves; X - direitos e ações. (...)."
- 38 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A possibilidade de quebra do sigilo bancário por parte da Receita Federal como forma de viabilizar a justiça fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. nº 97, outubro, 2003, p. 18.
- 39 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. v. II. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 48-49.
- 40 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **A Garantia do Contraditório**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul", v. 15 (1998), p. 18.

Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Garantia do Contraditório. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. v. 15, 1998.

_____, Carlos Alberto. **O Problema da Eficácia da Sentença**. Ensaio destinado a integrar livro em homenagem a Giuseppe Tarzia.

_____, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BARBEITAS, André Terrigno. **O sigilo bancário e a necessidade da ponderação dos interesses**. 1ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Sigilo bancário**. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos. tradução de Carlos Nelson Coutinho**. 16ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à privacidade. **Revista da EMERJ**. v. 01, nº 02, 1998.

COSTA, Epaminondas da. Defesa do patrimônio público, sigilo bancário/fiscal e autonomia administrativa do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*. nº 746, dezembro, 1997.

DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário e fiscal no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Tributário**. nº 88, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. O sigilo bancário e fiscal - algumas dimensões jurídico-políticas. **Revista de Direito Tributário**. nº 84, 2003.

FOLMANN, Melissa. **Sigilo bancário e fiscal**. 2ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A possibilidade de quebra do sigilo bancário por parte da Receita Federal como forma de viabilizar a justiça fiscal. **Revista Dialética de Direito Tributário**. nº 97, outubro, 2003.

MARQUES, Carlos Alexandre. A natureza do pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal e alguns comentários práticos da atuação do Ministério Público. **Revista dos Tribunais**. nº 736, fevereiro, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo bancário em matéria fiscal. **Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. nº 12, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. nº 02, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. nº 01, 2003.

_____. Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. nº 02, 2004.

REDECKER, Ana Cláudia. Considerações sobre o princípio da proporcionalidade. **Direito & Justiça - Revista da Faculdade de Direito da PUCRS**. v. 20, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. v. II. 2ª edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

O depósito recursal trabalhista: Teoria e Prática

Aline de Lima Riccardi

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito e Processo do Trabalho
pelo CETRA/RS*

RESUMO: O presente estudo objetiva analisar as questões de maior relevo acerca do depósito recursal trabalhista. Pretende demonstrar a importância do instituto, bem como os nefastos efeitos da sua incorreta utilização, e ainda esclarecer o seu conceito, finalidade e natureza jurídica. Este trabalho também busca respostas para as dúvidas de ordem prática mais frequentes, tais como forma e prazo de comprovação. Explica como descobrir o valor a ser depositado e indica os sujeitos da obrigação de depositar, assim como as hipóteses de cabimento e de isenção. Esclarece, ainda, o que ocorre no caso de insuficiência de depósito e como ele deve ser efetivado quando houver litisconsórcio ativo ou passivo. Por fim, como não poderia deixar de ser, adentra na acirrada discussão acerca da constitucionalidade do instituto.

Palavras-chave: Depósito recursal. Finalidade. Cabimento. Forma.

1 Introdução

O processo trabalhista possui características que lhe são muito peculiares. Entre elas, cita-se o depósito recursal, matéria de grande importância, mas que nem sempre recebe dos doutrinadores a merecida atenção. A maioria das obras apenas perfunctoriamente aborda o assunto, o que é preocupante, já que as consequências da má utilização do instituto podem ser desastrosas. Erros de depósito, em regra, são decisivos no resultado final das demandas em que eles ocorrem.

Foi dessa carência de fontes de pesquisa, aliada à consciência do quilate que o tema possui para os profissionais que atuam na seara trabalhista, especialmente para os advogados de empresas, que nasceu o presente estudo. Assim, este exame tem a ambiciosa pretensão de compilar, ainda que de forma objetiva, as principais idéias acerca do depósito recursal.

Foram trazidas à colação as dúvidas e discussões mais frequentes, bem como as questões práticas de maior relevo. Tudo para que jamais

tenha o leitor deste trabalho o desgosto de ver um recurso seu barrado prematuramente no juízo prévio de admissibilidade. Além disso, espera-se que as informações aqui reunidas também tenham o préstimo de expandir os horizontes da exegese acerca do depósito recursal, que ainda hoje permanece presa a um rigorismo que em nada contribui para o crescimento do Direito.

A ciência jurídica é naturalmente mutante e cheia de subjetivismos e, exatamente por esse motivo, a sua renovação depende, em muito, de pesquisas que sejam intensas, mas, ao mesmo tempo, desamarradas de todo tipo de autoritarismo doutrinário. No Direito, não há lugar para verdades absolutas. Por isso, o presente trabalho se aventura no fértil terreno da interpretação livre e criativa, que, desvinculada de qualquer gênero de dogmatismo, mas sempre alicerçada em fundamentos técnicos, busca encontrar novas e eficientes formas de solução para as controvérsias que se apresentam no cotidiano forense.

2 Considerações preliminares sobre os pressupostos recursais

A válida interposição de recursos depende do atendimento de alguns requisitos previstos em lei, que são os chamados *pressupostos recursais*. A presença de tais pressupostos assegura a admissibilidade e o posterior conhecimento do recurso.

O juízo de admissibilidade é, primeiramente, feito pelo órgão *a quo* e, posteriormente, pelo órgão *ad quem*. Em outras palavras, o juízo recorrido verifica se todos os requisitos recursais estão presentes. Estando todos eles à vista, o recurso é admitido e determinada sua subida para o tribunal de jurisdição imediatamente superior. Em caso contrário, nega-se seguimento ao recurso.

A subida do recurso, contudo, não garante o seu conhecimento, pois o juízo de admissibilidade é renovado em segundo grau de jurisdição. Se o tribunal *ad quem* concluir pelo atendimento dos pressupostos recursais, o apelo será conhecido e, conseqüentemente, seu conteúdo analisado. Na hipótese de desatendimento dos requisitos legais, o mesmo não será conhecido.

Verifica-se, portanto, que os termos *admissão* e *conhecimento* encerram conteúdos distintos. A admissão dá-se em primeiro e segundo grau, enquanto o conhecimento ocorre somente perante o tribunal que irá analisar o mérito do recurso. A admissão é, por conseguinte, uma fase anterior ao conhecimento.

Os pressupostos recursais são classificados em *objetivos* e *subjetivos*. Pressupostos objetivos são aqueles que se referem ao recurso propriamente dito. Concernem às formalidades necessárias à sua eficaz interposição. Já os pressupostos subjetivos dizem respeito, como o próprio nome indica, ao sujeito do apelo.

Os pressupostos objetivos, segundo Ísis de ALMEIDA¹, são os seguintes: existência de norma legal que crie o recurso, adequação do recurso, tempestividade, depósito do valor da condenação, pagamento das custas e motivação.

Ao tratar do assunto, CHRISTOVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA² apresenta uma estrutura um pouco diferente. O autor indica apenas a adequação como pressuposto recursal objetivo básico, afirmando que as formalidades reguladas pela lei constituem-se em pressupostos objetivos secundários. Exemplifica estes últimos com o pagamento das custas, a obediência a prazo e a efetivação de depósito.

A sistematização mais adequada, contudo, é aquela apresentada por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA³, que classifica os pressupostos recursais em *intrínsecos* e *extrínsecos*. Estes concernem à maneira como deve ser exercido o poder de recorrer, enquanto aqueles se referem à própria existência de tal poder.

O que se pretende demonstrar é que nem todos os autores têm uma mesma posição, estanque e conclusiva, sobre quais sejam os pressupostos recursais. Alguns apresentam uma lista maior e mais detalhada; outros, uma explanação mais enxuta. A forma de classificá-los também varia⁴. O que importa saber, contudo, é que o depósito do valor da condenação é considerado como pressuposto recursal objetivo. Sobre tal questão, a doutrina é pacífica.

Isso significa que uma vez desatendida a obrigação de efetuar o depósito, o recurso não será admitido, mas considerado deserto, ou seja, sequer será encaminhado para o tribunal responsável pelo seu julgamento, sendo obstada, de plano, a tramitação da insurgência.

3 Conceito e objetivos

Depósito recursal é a obrigação que tem o empregador de cumprir para ver admitido seu recurso consistente na efetivação de um depósito na conta vinculada do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS) do empregado em montante correspondente ao valor da condenação ou valor-limite previsto em ato do Presidente do TST.

Trata-se, segundo JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO⁵, de uma "antecipação do quantum debeatur, verdadeira garantia prévia de exequibilidade da sentença". Para CHRISTOVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA⁶, o "depósito é uma garantia de pagamento". OSÍRIS ROCHA⁷, por sua vez, vê no depósito "uma garantia para o recurso a se transformar em parcela rapidamente exequível, se a condenação adquire o contorno de coisa julgada".

A exigência legal está prevista no art. 899 da CLT e tem dupla finalidade: evitar a interposição desmedida de recursos com objetivos meramente protelatórios e facilitar a execução do julgado. O aludido dispositivo legal determina que, sendo a condenação de valor até dez vezes o

valor de referência regional, somente será admitido recurso, inclusive o extraordinário, nos dissídios individuais, mediante prévio depósito da respectiva importância.

Tal depósito, por arranjo do § 1º do citado art. 899, deve ser efetuado na conta vinculada do empregado. Se o trabalhador ainda não possuir conta de FGTS aberta em seu nome, deverá o empregador recorrente abrir uma para proceder ao depósito do valor da condenação.

Como asseverado alhures, o depósito impede a apresentação de recursos procrastinatórios. Isso ocorre porque não tem o empregador a faculdade de recorrer sem ônus. Para que este apresente apelo, na ampla aceção do termo, terá que dispor de parte de seu patrimônio, que ficará à disposição do Juízo para cobrir, ainda que parcialmente, a futura execução.

Facilita a execução porque deixa assegurado ao reclamante, em sua conta vinculada, o valor da condenação ou parte deste. A facilidade ainda se verifica no fato de tratar-se de depósito que, por óbvio, somente pode ser feito em dinheiro e que, por autorização do § 1º, *in fine*, do sobredito art. 899, será levantado pela parte vencedora por simples despacho do juiz. Assim, o reclamante tem acesso ao numerário de forma rápida e segura.

Evita-se, dessa maneira, que o obreiro tenha de aguardar o resultado de expedientes por vezes demorados, como o leilão de bens, por exemplo, que está sujeito a inúmeras adversidades, tais como a falta de interessados e a própria burocracia a que o procedimento está vinculado.

A respeito da imposição legal, WAGNER D. GIGLIO afirma que "visa coibir os recursos protelatórios, a par de assegurar a satisfação do julgado, pelo menos parcialmente, pois o levantamento do depósito em favor do vencedor será de imediato ordenado, por simples despacho do juiz, após a ciência do trânsito em julgado"⁸. Também é nesse sentido a lição de ALICE MONTEIRO DE BARROS⁹.

O escopo do depósito recursal, segundo JÚLIO CÉSAR BEBBER¹⁰, "é o de assegurar, ainda que em parte, o sucesso da futura execução". COQUEIRO COSTA¹¹ acrescenta que a exigência de depósito recursal beneficia significativamente a grande camada dos reclamantes mais míseros, uma vez que dificulta a interposição de recursos e facilita a execução das sentenças de pequeno valor.

Em artigo sobre o tema, ÁLVARO LUIZ CARVALHO MOREIRA¹² assevera que a existência do depósito recursal cria uma situação de menor risco para a parte vitoriosa na relação jurídica, uma vez que eventual execução já estará garantida.

Muito embora a grande massa doutrinária encontre no depósito recursal ambas as finalidades acima indicadas (evitar recursos protelatórios e facilitar a execução), posição que se entende ser a adequada, há quem sustente que o instituto tem propósitos mais limitados.

Em detida análise sobre o tema, ARION SAYÃO ROMITA¹³ afirma que o depósito recursal não se presta para evitar a apresentação de recursos protelatórios. Assim posiciona-se porque o depósito é exigido para a interposição de qualquer recurso, seja ele protelatório ou não. Aduz, ainda, que todos os recursos podem ser entendidos como protelatórios, uma vez que adiam a decisão final do processo. Acrescenta que não existe um critério objetivo capaz de classificar os recursos, quando de sua apresentação, em protelatórios e não-protelatórios, e que tal juízo de valor somente é feito no momento do julgamento do apelo, quando então o depósito já foi efetuado.

Em que pese a coerente posição do advogado carioca, não se compartilha do seu entendimento. Ainda que inexistam critérios objetivos para aferição do que sejam ou não recursos protelatórios, impossível negar que o depósito recursal causa um efeito psicológico no empregador, que, antes de apresentar um recurso desprovido de qualquer fundamento, pensa e repensa a respeito da conveniência de fazê-lo.

Mesmo que o Judiciário não disponha de critérios objetivos para avaliação do recurso, o próprio insurgente sabe quando o seu apelo tem caráter procrastinatório. Nesse caso, o empregador terá de avaliar se vale a pena recorrer, já que, para tanto, será obrigado a desembolsar numerário do qual poderia dispor até o final da demanda, caso optasse por não recorrer.

Há, ainda, outro dado que não pode ser ignorado e que adiante será objeto de análise mais intensa. É que a atualização do depósito recursal é feita por critérios menos vantajosos que os depósitos efetuados em outros fundos de investimento e até mesmo na caderneta de poupança. Assim, diante da possibilidade de apresentar um recurso manifestamente protelatório, melhor assiste aos interesses do empregador deixar de recorrer e aplicar o dinheiro no mercado financeiro, pois a importância, dentro de algum tempo, renderá mais frutos do que renderia o depósito recursal que seria utilizado, posteriormente, como pagamento da dívida trabalhista ou como parte desta.

Dessa forma, crê-se que o depósito do valor da condenação se presta, sim, para evitar a interposição de recursos protelatórios, ao mesmo tempo em que facilita e agiliza a execução do julgado.

4 Natureza jurídica

Quando se está a tratar do depósito recursal, poucas questões têm o privilégio de serem unanimidade. A natureza jurídica do instituto é um dos raros pontos pacíficos em meio a tantas discussões: trata-se de garantia recursal.

O caráter do depósito, de acordo com SÉRGIO PINTO MARTINS¹⁴, "é de garantia recursal, de garantia da execução, de garantia do juízo para futura execução". Assevera o autor que o instituto constitui "mera

antecipação da condenação, pois, garantido o juízo, nenhuma outra importância será depositada (§ 6º do art. 899 da CLT), ou seja: atingido o limite previsto na lei, nenhum outro valor deverá ser depositado, o que mostra que se trata de uma garantia do juízo e não de outra coisa".

O depósito recursal foi objeto de muitas alterações legislativas. Como os textos legais não disciplinaram a matéria de forma suficientemente clara, o TST expediu duas importantes instruções normativas: a IN n. 02, de 16 de maio de 1991, que interpretou o art. 40 da Lei nº 8.177/91, e a IN n. 03, de 12 de março de 1993, que visou à interpretação do art. 8º da Lei nº 8.542/92.

A IN n. 02/91 do TST dispunha, já em seu item I, que o depósito do valor da condenação constituía garantia do juízo recursal. Tal entendimento foi corroborado pela IN n. 03/93 do mesmo órgão, que praticamente repetiu os termos da instrução anterior no que concerne à natureza jurídica do instituto.

Ambas as redações excluem o caráter de taxa. Isso acontece porque, na época em que foram editadas as sobreditas interpretações, havia controvérsia acerca de ser ou não o depósito recursal uma taxa judiciária. O depósito, todavia, não possui essência de taxa. Esta tem seu conceito insculpido no art. 145, II, da CF/88.

As taxas visam a contraprestar o Estado pelo exercício do poder de polícia, o que definitivamente não ocorre no depósito recursal. Elas podem, ainda, constituir uma remuneração por serviço público específico e divisível. Esta última hipótese, por certo, foi a que levou muitos a acreditarem que o depósito recursal teria caráter de taxa, pois há, no processo, uma prestação de serviço por parte do Estado (jurisdição).

Uma análise mais atenta, contudo, demonstra que o depósito recursal não se destina ao pagamento das despesas processuais. Tal finalidade é atribuída às custas. Estas, sim, têm natureza de taxa. De outra banda, a taxa jamais é devolvida ao contribuinte após a prestação do serviço, o que ocorre com o depósito recursal, que, de acordo com § 1º do art. 899 da CLT, é levantado pela parte vencedora após o trânsito em julgado. Por fim, o depósito recursal não vai para os cofres públicos, o que aconteceria se taxa fosse, mas, ao contrário, é depositado na conta vinculada do empregado.

Indubitável, portanto, que o depósito compulsório é uma garantia da execução e não uma taxa. Tal entendimento decorre da leitura sistemática das normas que regem a matéria e foi cristalizado na concepção da mais alta Corte Trabalhista através da vigente IN n. 03/93.

Assiste razão a AMAURI MASCARO NASCIMENTO¹⁵ quando afirma que, na verdade, a posição segundo a qual o depósito obrigatório constituiria uma taxa nasceu da vontade de alguns juristas que, ansiosos por criar mecanismos tendentes a desafogar o Judiciário, viram nesta interpretação um meio de filtrar de maneira mais efetiva a subida de recursos, já que o pagamento da taxa exige pronta e metódica comprovação.

Também não se trata de fiança, pois esta sempre é prestada por terceiro em favor de outrem, enquanto o depósito recursal é efetuado pela própria parte interessada no processo: o empregador.

Por fim, não se trata de confisco porque este também vai para os cofres do Estado, o que não ocorre com o depósito obrigatório, como já asseverado alhures. Ademais, o confisco, de regra, revela-se como uma punição, o que não se coaduna com o conceito e com os objetivos do depósito recursal já analisados na epígrafe anterior.

5 Histórico legislativo

As normas a respeito do depósito compulsório sofreram diversas alterações no decorrer do tempo. Assim, a efetiva compreensão do assunto passa por uma digressão em seu histórico legislativo. Também é preciso tecer alguns comentários acerca da importante ação direta de inconstitucionalidade (ADIn n. 836-6/DF) ventilada sobre o tema.

Com efeito, o art. 899 da CLT, Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943, originariamente, possuía a seguinte redação:

“Art. 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste título, sendo permitida a execução provisória até a penhora.

Parágrafo único. Tratando-se, porém, de reclamações sobre férias, salários ou contrato individual de trabalho, de valor até Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros), só serão admitidos recursos mediante prova de depósito da importância da condenação. Nesse caso, transitada em julgado a decisão recorrida, será ordenado, desde logo, o levantamento do depósito em favor da parte vencedora.”

As regras a par do depósito recursal foram alteradas pelo Decreto-Lei nº 75, de 21 de novembro de 1966, que dispunha sobre a aplicação da correção monetária aos débitos de natureza trabalhista e sobre a elevação do valor do depósito compulsório nos casos de recursos perante os Tribunais do Trabalho. Assim rezava o art. 3º do indigitado Decreto-Lei:

“Art. 3º O parágrafo único do art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho passa a constituir o § 1º, com nova redação, acrescendo-se, mais dois parágrafos ao mesmo artigo, na forma seguinte: § 1º Sendo a condenação ou valor dado à causa pela sentença de montante até o dobro de valores mencionados nas letras 'a', 'b' e 'c' do art. 894, só

será admitido recurso, inclusive o extraordinário mediante prévio depósito da importância respectiva. Transitada em julgado a decisão recorrida será ordenado o levantamento imediato da importância do depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz.

§ 2º O depósito de que trata o § 1º será feito na conta vinculada do empregado a que se refere o art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, aplicando-se-lhe as disposições da mesma Lei, observado quanto ao respectivo levantamento, o que no mencionado § 1º se dispõe.

§ 3º Se o empregado não tiver ainda conta vinculada aberta em seu nome nos termos do art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, a empresa procederá à respectiva abertura, para o efeito do disposto no § 2º deste artigo.

§ 4º Não se aplica o disposto no presente artigo aos dissídios coletivos.”

Sobreveio, em 28 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei nº 229, que, através de seu art. 28, acrescentou um § 5º ao vigente art. 899 da CLT. Assim foi redigida a norma:

“Art. 28 No Capítulo VI - 'Dos Recursos' - do Título X da CLT, o art. 894, o 'caput' do 896 e o seu § 4º passam a vigorar com a nova redação sendo acrescentado um § 5º ao artigo 899, alterado pelo art. 3º do Decreto-Lei nº 75, de 21 de novembro de 1966:

(...)

Art. 899

§ 5º Na hipótese de se discutir, no recurso interposto, matéria já solucionada através de prejudgado do TST, o depósito de que trata o parágrafo anterior poderá ser levantado, de imediato, pela parte vencedora.”

Posteriormente, através da Lei nº 5.442, de 24 de maio de 1968, houve nova alteração das regras atinentes ao depósito recursal. O art. 1º da referida lei assim dispôs:

“Art. 1º Os arts. 650, 656, 670, 672, 678, 679, 680, restabelecido, 693 e suas alíneas, mantidos os respectivos parágrafos, 694, restabelecido, 697, 721, 894, 895, alínea a, 896 e seu § 4º, e 899 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decre-

to-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passam a vigorar com a seguinte redação:

(...)

Art. 899 Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

§1º Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância do depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz.

§2º Tratando-se de condenação de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao que for arbitrado, para efeito de custas, pela Junta ou Juízo de Direito, até o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região.

§3º Na hipótese de se discutir, no recurso, matéria já decidida através de prejulgado do TST, o depósito poderá levantar-se, de imediato, pelo vencedor.

§4º O depósito de que trata o §1º far-se-á na conta vinculada do empregado a que se refere o art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966 aplicando-se-lhe os preceitos dessa Lei observado, quanto ao respectivo levantamento, o disposto no § 1º.

§5º Se o empregado ainda não tiver conta vinculada aberta em seu nome, nos termos do art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, a empresa procederá à respectiva abertura, para o efeito do disposto no § 2º.

§6º Quando o valor da condenação, ou o arbitrado para fins de custas, exceder o limite de 10 (dez) vezes o salário mínimo da região, o depósito para fins de recursos será limitado a este valor."

Após, a Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, em seu art. 7º, veio a explicitar que não apenas o depósito deveria ser feito no prazo alusivo ao recurso, como também a sua comprovação deveria vir aos autos no mesmo prazo, in verbis:

"Art. 7º A comprovação do depósito da condenação (CLT, art. 899, §§ 1º a 5º) terá que ser feita den-

tro do prazo para a interposição do recurso, sob pena de ser este considerado deserto.”

Posteriormente, em 05 de outubro de 1982, foi editada a Lei nº 7.033, que em seu art. 1º (abaixo transcrito) revogou o § 3º do então vigente art. 899 da CLT.

“Art. 1º Ficam revogadas as disposições contidas no § 3º do artigo 899 e no artigo 902 e seus parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.”

Sobreveio, em 21 de dezembro de 1988, a Lei nº 7.701 que, mantendo a anterior redação do art. 899 da CLT, alterou os valores do depósito recursal e modificou algumas poucas regras sobre o tema. O art. 13 da citada lei assim dispôs:

“Art. 1º O depósito recursal de que trata o art. 899 e seus parágrafos da Consolidação das Leis do Trabalho fica limitado, no recurso ordinário, a 20 (vinte) vezes o valor de referência e, no de revista, a 40 (quarenta) vezes o referido valor de referência. Será considerado valor de referência aquele vigente à data da interposição do recurso, devendo ser complementado o valor total de 40 (quarenta) valores, no caso de revista.”

Em razão dessa alteração, restou prejudicado o Enunciado n. 35 do TST, que dispunha que a majoração do salário mínimo não obrigava o recorrente a complementar o depósito recursal. O aludido enunciado foi cancelado pela Resolução Administrativa do Pleno do TST n. 121, de 28 de outubro de 2003.

Ulteriormente, com a edição da Lei nº 8.177, de 01 de março de 1991, foram novamente alteradas as regras concernentes ao depósito recursal. Manteve-se a então vigente redação do art. 899 da CLT com algumas poucas modificações. Assim prelecionava o art. 40 da citada lei:

“Art. 40 O depósito recursal de que trata o art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho fica limitado a Cr\$ 420.000,00 (quatrocentos e vinte mil cruzeiros), nos casos de interposição de recurso ordinário e a Cr\$ 840.000,00 (oitocentos e quarenta mil cruzeiros), em se tratando de recurso de revista, embargos infringentes e recursos extraordinários, sendo devido a cada novo recurso interposto no decorrer do processo.”

§ 1º Em se tratando de condenação imposta em ação rescisória, o depósito recursal terá como limite máximo, qualquer que seja o recurso, o valor de Cr\$ 840.000,00 (oitocentos e quarenta mil cruzeiros).

§ 2º Os valores previstos neste artigo poderão ser periodicamente alterados pelo TST."

Em razão da grande quantidade de dúvidas geradas pelo transcrito art. 40 da Lei nº 8.177/91, o TST expediu, em 16 de maio de 1991, a Instrução Normativa n. 02/91, que visou justamente a interpretar o referido dispositivo.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a IN n. 02/91 do TST teve três grandes méritos: (1) esclareceu que somente caberia depósito compulsório nos recursos ordinários, de revista, nos embargos infringentes e nos recursos extraordinários, solucionando, dessa forma, a grande dúvida então existente acerca de quais eram os recursos passíveis de depósito; (2) aclarou que somente seria exigido depósito quando houvesse condenação em dinheiro e que, uma vez depositado o valor total da condenação, nenhum outro depósito seria exigido; (3) explicitou que, na sucessão de recursos, havia complementação do depósito anteriormente feito e não renovação do ato.

Sobreveio a Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, que alterou as disposições do art. 40 da Lei nº 8.177/91. O art. 8º da nova lei foi, de todos, o que utilizou as piores técnicas de redação e que gerou mais dúvidas.

"O art. 40 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art 40 O depósito recursal de que trata o art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho fica limitado a Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros), nos casos de interposição de recurso ordinário, e de Cr\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros), em se tratando de recurso de revista, embargos infringentes e recursos extraordinários, sendo devido a cada novo recurso interposto no decorrer do processo.

§1º Em se tratando de condenação interposta em ação rescisória, o depósito recursal terá como limite máximo, qualquer que seja o recurso, o valor de Cr\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros).

§2º A exigência de depósito aplica-se, igualmente, aos embargos, à execução e a qualquer recurso subsequente do devedor.

§3º O valor do recurso ordinário quando interposto em dissídio coletivo será equivalente ao quádruplo do previsto no caput deste artigo.

§4º Os valores previstos neste artigo serão reajustados bimestralmente pela variação acumulada do INPC do IBGE dos dois meses imediatamente anteriores."

As dúvidas geradas pelo dispositivo sobretranscrito foram, posteriormente, aclaradas pela IN n. 03/93 o TST, que será logo adiante analisada.

Por fim, o § 4º do art. 8º da Lei nº 8.542/92 alterou a redação do § 2º do art. 40 da Lei nº 8.177/91. Assim, a atualização dos valores relativos ao depósito recursal passou a ser feita bimestralmente pela variação acumulada do INPC do IBGE dos dois meses imediatamente anteriores. Em função dessa regra, o TST passou a expedir sucessivos atos com os novos valores, o que ocorre até hoje.

Em 05 de fevereiro de 1993, a Confederação Nacional da Indústria ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal a ADIn nº 836-6, na qual sustentava a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei nº 8.542/92 por violação ao art. 5º, LV, da Carta Magna.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, contudo, em decisão datada de 11 de fevereiro de 1993, indeferiu a liminar. Em 12 de março de 1993, um mês, portanto, após o indeferimento da liminar na ADIn nº 836-6/DF, e provavelmente impulsionado pelo ajuizamento de tal ação, o TST expediu a IN nº 03/93, a qual visou à interpretação do art. 8º da Lei nº 8.542/92.

O TST consignou, no último item da IN nº 03/93, que a interpretação nela contida seria reexaminada, no que coubesse, após a decisão da ADIn nº 836-6/DF, para que com esta guardasse relação de conformidade. No mesmo item, ficou assentada a revogação da IN nº 02/91 do TST.

Os pontos mais importantes da IN nº 03/93 do TST são os seguintes: (1) esclareceu que o depósito pressupunha decisão condenatória ou executória de obrigação a pagamento em pecúnia; (2) limitou o depósito compulsório aos recursos ordinário, de revista, extraordinário e embargos infringentes; (3) dispôs que, uma vez depositado o valor da condenação, nenhum outro depósito seria exigido, salvo se houvesse ampliação do *quantum debeatur*; (4) quanto à expressão "aos embargos, à execução e a qualquer recurso subsequente do devedor" contida no § 2º do art. 40 da Lei nº 8.177/91, com a redação do art. 8º da Lei nº 8.542/92, esclareceu que a inserção da vírgula deveria ser atribuída a erro de redação e que não seria exigido depósito recursal nos embargos, dada sua natureza jurídica, quando já estivesse garantida a execução; (5) dispôs que não seria exigido depósito compulsório nos dissídios coletivos, porquanto a regra do § 3º teria efeitos limitados ao cálculo das custas processuais; (6) isentou do depósito recursal os entes de direito público ex-

terno, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as fundações de direito público não exploradoras de atividade econômica, as massas falidas, as heranças jacentes e os beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Posteriormente, a Caixa Econômica Federal, através da Circular nº 149, de 08 de outubro de 1998, estabeleceu normas sobre o preenchimento da guia de recolhimento. Em razão disso, o TST, por meio da Resolução nº 87, de 08 de outubro de 1998, editou a IN nº 15, de 15 de outubro de 1998, objetivando adequar as regras acerca do depósito à aludida circular.

Em 17 de dezembro de 1999, a Suprema Corte Trabalhista, com a IN nº 18, estabeleceu regras sobre a comprovação do depósito recursal. Tal instrução, que considera válida para a comprovação do depósito a guia em que conste, pelo menos, o nome do recorrente e do recorrido, o número do processo, a designação do juízo e a indicação do valor depositado com a respectiva autenticação bancária, foi editada pela Resolução nº 92/99.

Por fim, em 11 de março de 2004, foi julgada a ADIn nº 836-6/DF. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a matéria estava prejudicada em razão da superveniência do Ato nº 235 do Presidente do TST, que alterou os valores do depósito recursal e que não previu depósito em dissídio coletivo. Asseverou a Suprema Corte que a ação perdeu o objeto em razão de não ter a Confederação Nacional da Indústria aditado a inicial.

6 Comentários acerca da IN nº 03/93 do TST

Como o Supremo Tribunal Federal considerou a ADIn nº 836-6/DF prejudicada pela superveniência de alteração da norma questionada e como o TST não reexaminou a IN nº 03/93, conforme havia se proposto a fazer no item XIV da citada instrução, permanece ela em vigor até os dias de hoje.

Embora a aludida interpretação do art. 8º da Lei nº 8.542/92 esteja em plena validade, é preciso que ela seja vista com algumas restrições. Impõe-se alertar para o fato de que o TST, ao editar a referida instrução, em diversos momentos, exorbitou a sua competência.

Veja-se, por exemplo, que, em alguns itens (II, "d" e "e"; III, "a"; IV, "d" e VIII), o órgão julgador autoriza que o depósito seja feito fora da conta vinculada do empregado, desde que feito na sede do juízo e que permaneça à disposição deste. Tal autorização contraria o texto legal, que determina seja o depósito obrigatório efetuado apenas na conta vinculada do empregado. Por óbvio que esse consentimento somente poderia ser feito através de lei, jamais por instrução normativa.

Percebe-se que também no item IV, "c", da IN nº 03/93, a Suprema Corte Trabalhista ultrapassou a competência que lhe é atribuída, uma

vez que prevê hipótese de depósito recursal sem qualquer limitação. Evidentemente, a lei não autoriza exigência desse teor. Pelo contrário, desde tempos remotos, o legislador se preocupou em estabelecer valores máximos para o depósito recursal.

No item X da IN nº 03/93, mais uma vez, o TST imiscuiu-se nas atribuições de legislador ao dispensar do depósito os entes de direito público externo, a herança jacente e os beneficiários da assistência judiciária gratuita. Com efeito, não há lei que autorize a dispensa de depósito aos entes de direito público externo e à herança jacente. De outra banda, a assistência judiciária somente comporta isenção do pagamento das despesas que seriam devidas ao Estado, jamais autoriza o não-adimplemento daquilo que é devido ao autor do processo.

Por fim, também no item XII da instrução em comento, verifica-se excesso do TST, que estabelece regras de direito processual, cuja competência para votação é unicamente do Poder Legislativo da União (art. 22, I, da CF/88). Como se não bastasse, atribui à regra efeitos retroativos, o que não se admite nem mesmo em normas de direito processual validamente criadas.

Pelo visto, a Corte Trabalhista não utilizou a melhor técnica para solucionar as questões acima analisadas. Incorreu o tribunal em flagrante inconstitucionalidade (arts. 2º, 44 *caput* e 48 *caput* da CF/88) ao exercer atribuições típicas do Poder Legislativo. Melhor teria feito se houvesse elaborado projeto de lei e o encaminhado ao poder competente para votá-lo, conforme lhe autoriza o *caput* do art. 61 da CF/88.

Considerando a forma como está atualmente posta a matéria, resta à parte interessada apenas requerer, no processo, uma declaração incidental de inconstitucionalidade. Desnecessário mencionar, todavia, a enorme dificuldade que terão as partes de verem reconhecido o excesso de atuação do tribunal quando o próprio órgão que cometeu a inconstitucionalidade é que irá julgar o recurso¹⁶.

7 Sujeitos da obrigação de depositar

Muito se discute acerca dos sujeitos da obrigação de depositar. Quanto ao empregador, não há dúvidas de que está sujeito ao depósito compulsório. Entretanto, os juristas dividem-se quando se trata de condenação sofrida pelo empregado. O mesmo ocorre com relação ao recurso interposto por terceiro interessado.

O ônus de depositar, segundo ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA¹⁷, não se restringe ao empregador. Para o insigne juiz, quando o trabalhador é condenado (o que pode ocorrer, por exemplo, quando causa dano ao empregador ou quando litiga de má-fé) também se sujeita ao depósito. Assim sustenta porque entende que o art. 899 da CLT contém apenas três exigências para que o depósito seja feito: ser o dissídio individual, haver condenação e ter a parte apresentado recurso.

Não existe, de acordo com o autor, disposição legal que restrinja o depósito do valor da condenação apenas ao empregador. Este ainda acrescenta que "a imposição do ônus de depositar apenas ao empregador seria inconstitucional segundo o art. 5º da CF pois estaria discriminando sobre a igualdade de armas das partes no processo"¹⁸.

Todavia, esse posicionamento não atenta para o que dispõem os §§ 4º e 5º do art. 899 da CLT, os quais determinam que o depósito deve ser feito na conta vinculada do empregado. Por não possuir o empregador conta vinculada aberta em seu nome (a menos que seja também empregado de outra pessoa em relação jurídica adjacente, caso em que deterá a qualidade de empregado e não de empregador), não pode ser beneficiário do depósito. Além disso, a lei é clara ao referir-se à conta "do empregado".

Dessa forma, a CLT não autoriza o entendimento de que o trabalhador também se sujeita ao depósito. Assiste razão, portanto, a CHRISTOVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA¹⁹, quando assevera que o reclamado recorrente é que se sujeita ao depósito. O mesmo entendimento pode ser depreendido das lições de SÉRGIO PINTO MARTINS²⁰, que afirma ser necessária a garantia do juízo, via depósito recursal, para que "a empresa" possa recorrer. No mesmo sentido posiciona-se JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO²¹ ao aduzir que a realização do depósito recursal faz-se necessária "quando o recurso for interposto pelo empregador".

Não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade na exigência de depósito apenas do empregador. Isso porque o princípio da igualdade reside exatamente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Se o ônus fosse também imposto ao empregado, estaria este, no mais das vezes, cerceado em seu direito de defesa, porquanto, em regra, não possui condições financeiras de arcar com tal encargo. Ademais, a obrigação de efetuar o depósito visa à garantia da execução do crédito trabalhista e não de débitos de outra natureza. Por essas razões, se infere que o empregado não está obrigado ao depósito.

A questão é um pouco mais complexa quando se está a tratar de terceiro interessado. Para CHRISTOVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA²², o terceiro interessado não pode ficar em situação melhor que a da própria parte, motivo porque entende haver, também nessa hipótese, necessidade de depósito. Assevera, ainda, que a lei exige o depósito do recorrente e não de quem sofreu a condenação.

Permite-se discordar do ilustre doutrinador. Com efeito, não se presta o processo a uma disputa entre reclamado e terceiro interessado para decidir quem fica em melhor situação. A lide angulariza-se com o reclamante e o reclamado. É entre estes que se trava a disputa. O terceiro interessado é mero interveniente, portanto não interessa se fica ele em melhor ou pior posição em relação à parte recorrente.

Nesse diapasão, entende-se que o terceiro interessado não se sujeita ao depósito. Esse ônus deve ser imposto unicamente à parte devedo-

ra. Seria uma teratologia jurídica exigir que pessoa alheia ao débito seja responsabilizada pela garantia da execução. O pagamento do crédito trabalhista deve ser imposto apenas à parte que a tanto está obrigada, no caso, o empregador .

8 Hipóteses de cabimento

Questão de extrema relevância é saber quais são os recursos sujeitos ao depósito compulsório. Interessa, ainda, conhecer as ações que não comportam tal instituto. De outra banda, mesmo nas demandas e nos recursos que se submetem ao depósito, existem casos em que o mesmo não é exigível.

Em primeiro lugar, insta dizer que o depósito recursal somente é devido quando houver condenação a pagamento em dinheiro. É nesse sentido o item I da IN. 03/93 do TST. Ora, se o depósito, como visto, tem por objetivo garantir a execução, por evidente que somente pode ser exigido nas demandas em que exista obrigação de pagamento. Seria ilógico garantir o juízo se nada houvesse a ser executado.

Nessas razões funda-se a Súmula nº 161 da mais alta Corte Trabalhista, que preleciona ser descabido o depósito prévio quando não há condenação em pecúnia. Isso pode ocorrer nas sentenças que contenham carga eficaz meramente declaratória ou constitutiva, bem como naquelas que resultem em obrigação de fazer ou não fazer (caso típico é a sentença que determina apenas a anotação na carteira de trabalho).

Também não se exige depósito recursal nos dissídios coletivos. Tal entendimento, a despeito do que fora previsto no § 3º do art. 40 da Lei nº 8.177/91, com a redação da Lei nº 8.542/92, cristalizou-se no item V da IN nº 03/93 do TST, que dispõe ser incabível depósito compulsório em dissídios coletivos. De outra banda, o § 1º do atual art. 899 da CLT estabelece que o depósito é exigível apenas nos dissídios individuais.

Isso ocorre porque os dissídios coletivos resultam nas sentenças normativas, que possuem natureza constitutiva (quando a ação é de caráter econômico) ou declaratória (quando a ação é de caráter jurídico). Dessa forma, apenas se constitui ou declara um direito. Não há execução no dissídio coletivo. Se a sentença normativa não for cumprida, seguir-se-á a ação de cumprimento e nesta, sim, o depósito é exigível²⁴.

Seria inconstitucional, segundo JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO²⁵, a exigência de depósito prévio em dissídio coletivo. Assiste razão ao autor, pois não havendo execução a ser garantida pelo depósito, a exigência implicaria visível ofensa ao art. 5º, LV, da CF/88, que assegura aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Em se tratando de condenação ao pagamento de importância que não seja o principal (crédito trabalhista), também não se exige depósito. Se o empregador é condenado, por exemplo, ao pagamento apenas dos

honorários periciais, não precisa efetuar o depósito do valor correspondente. Isso porque o depósito existe como garantia do crédito do reclamante, não se prestando para garantir o pagamento de terceiros. É nesse sentido que tem se posicionado a jurisprudência²⁶.

O depósito compulsório é, indiscutivelmente, devido no recurso ordinário, no recurso de revista, nos embargos infringentes e no recurso extraordinário. Tal se depreende do item II da IN nº 03/93 do TST e do próprio § 1º do art. 899 da CLT.

Não se exige depósito prévio para a apresentação de embargos à execução quando esta já estiver suficientemente garantida pela penhora ou por depósito recursal efetivado na fase de conhecimento. É isso que dispõe a IN nº 03/93 do TST, em seu item IV, "b". Permite-se aqui fazer uma consideração: o depósito recursal não deveria ser exigido nos embargos à execução em hipótese alguma, já que estes constituem meio de defesa do réu, exercitado através de ação autônoma e não de recurso. Para a fase executória, já existem meios adequados para constrição de bens, não podendo, por essa razão, ser exigido o depósito. Crê-se que este deveria restringir-se à fase de conhecimento.

Não cabe depósito recursal em agravo de instrumento. Correto o raciocínio de CHRISTOVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA²⁷ ao afirmar que, se houvesse tal exigência com relação ao agravo de instrumento, na verdade seriam cobrados dois depósitos para a subida de um mesmo recurso, o que contraria a intenção do legislador. JÚLIO CÉSAR BEBBER²⁸ também entende ser inexigível o depósito no agravo de instrumento. Para SÉRGIO PINTO MARTINS²⁹, não é cabível depósito recursal nem em agravo de instrumento, nem em agravo de petição, por absoluta falta de previsão legal.

O agravo de petição é o recurso que suscita as maiores dúvidas. Há quem entenda ser incabível o depósito porque a execução já se encontra garantida pela penhora. Entretanto, há também adeptos da posição segundo a qual o agravo de petição se sujeita ao instituto, uma vez que a lei exige depósito "a cada novo recurso". Estes sustentam que, embora a penhora, em tese, garanta a execução, nada é mais prático do que o depósito em dinheiro, porquanto sua liberação não se vincula a grandes formalidades, diferentemente do que ocorre com a constrição de bens.

A jurisprudência é oscilante quando se trata do depósito compulsório em agravo de petição³⁰. A doutrina também não é pacífica. JÚLIO CÉSAR BEBBER³¹ entende ser exigível o depósito prévio no agravo de petição. WAGNER D. GIGLIO³² também adota o mesmo entendimento, sustentando que a penhora visa à garantia do juízo, enquanto o depósito objetiva a rápida satisfação do julgado. Na mesma linha, posiciona-se ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA³³. Ao contrário, SÉRGIO PINTO MARTINS³⁴ entende ser incabível o depósito no agravo de petição, no que é acompanhado por JOÃO DE LIMA TEIXEIRA FILHO³⁵. Numa posição intermediária, ÍSIS DE ALMEIDA³⁶ sustenta que o depósito deve ser exigido no

agravo de petição apenas quando não tenha sido efetuado na fase de conhecimento.

Pelo que se percebe, a questão é bastante controvertida. Acredita-se, entretanto, que não deveria ser exigido depósito prévio para fins de interposição de agravo de petição. Nessa senda, adota-se integralmente as razões expandidas pelo JUIZ JOSÉ ROTSEN DE MELLO³⁷ no julgamento do AI 318/75: "O depósito para efeito de recurso de que cogita a lei trabalhista só tem lugar na fase de conhecimento; o agravo de petição, sendo remédio da fase executória, já tem como antecedente assecuratório do Juízo a constrição judicial de bens, pelo que não se pode exigir a dupla garantia, consistente no depósito tratado no art. 899/CLT, para seu processamento".

Entretanto, a jurisprudência da Suprema Corte Trabalhista já está sedimentada no sentido da exigência de depósito, mesmo que na fase executiva, quando o juízo não estiver integralmente garantido. Assim dispõe a Súmula nº 128, item II, do TST (ex-OJ nº 189): "Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/88. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se complementação da garantia do juízo". Em que pese não ser a posição do tribunal a mais adequada, é imperioso que, nessas circunstâncias, se faça o depósito, pois, dessa forma, fica eliminado o risco de perda do recurso.

Os embargos declaratórios, contrariamente ao que sustenta ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA³⁸, não exigem depósito prévio. Isso porque, inobstante tenham natureza jurídica de recurso, não intentam a modificação julgado. Buscam apenas o esclarecimento de uma omissão, contradição ou obscuridade (CPC, art. 535) existente no julgado. Não seria aceitável que a parte recorrente fosse compelida a efetuar o depósito em razão de um equívoco que somente pode ser atribuído ao julgador. Aos embargos de declaração aplica-se o mesmo raciocínio formulado por CHRISTOVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA quando trata do agravo de instrumento: se exigido, haveria dupla garantia para a subida de um único recurso.

Convém salientar que as ações rescisórias (Súmula nº 99 do TST), as ações cautelares, os recursos interpostos em mandados de segurança e os recursos adesivos sujeitam-se a depósito, desde que, é claro, tenha havido condenação em pecúnia. Não é cabível em *habeas corpus* e *habeas data*, por inexistir, nestas ações, condenação em dinheiro³⁹. Também não se exige depósito nos agravos regimentais⁴⁰, por inexistência de previsão legal.

9 Hipóteses de isenção

Existem determinados entes que estão dispensados do depósito compulsório. Assim sendo, seus recursos são admitidos mesmo que não

tenha sido este efetuado, desde que, obviamente, estejam presentes os demais requisitos de admissibilidade recursal.

Estão isentas do depósito prévio a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações de direito público federais, estaduais e municipais que não explorem atividade econômica. Tal regra decorre do disposto no art. 1º, IV, do Decreto-Lei nº 779, de 21 de agosto de 1969. A liberação também encontra previsão no art. 1º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001.

O citado Decreto-Lei entrou em vigor em 25 de agosto de 1969, quatro dias depois de publicada a Súmula nº 04 do TST, que dispunha estarem dispensadas do pagamento das custas e do depósito recursal as pessoas jurídicas de direito público. Tudo leva a crer, portanto, que a iterativa jurisprudência sobre o assunto concorreu para que a regra fosse consagrada em diploma legal. Em razão de ter se tornado prescindível a interpretação, em face da superveniência do Decreto-Lei, cuja clareza é solar, o TST, através da Resolução Administrativa nº 121 de seu Órgão Pleno, de 28 de outubro de 2003, cancelou a referida Súmula nº 04.

As sociedades de economia mista, no entanto, não gozam de isenção, a teor do disposto na Súmula nº 170 do TST, "os privilégios e isenções no foro da Justiça do Trabalho não abrangem as sociedades de economia mista, ainda que gozassem desses benefícios anteriormente ao Decreto-Lei nº 779, de 1969". O privilégio não lhes é assegurado, segundo RAYMUNDO ANTÔNIO CARNEIRO PINTO⁴¹, porque as sociedades de economia mista se sujeitam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, de acordo com o art. 173, II, § 1º, da CF/88.

A IN nº 03/93 do TST, em seu item X, desobrigou da efetivação do depósito recursal os entes de direito público externo, a massa falida, a herança jacente e a parte beneficiária da assistência judiciária gratuita. Portanto, o entendimento da Corte Trabalhista é no sentido da inexistência de depósito em tais casos.

Sustenta-se aqui, contudo, a inconstitucionalidade da dispensa com relação aos entes de direito público externo, à herança jacente e aos beneficiários da assistência judiciária, pelos motivos já expostos no sexto título do presente trabalho. A discordância, entretanto, não alcança a massa falida, que efetivamente deve ser liberada do depósito prévio.

O fundamento para a dispensa da massa falida, todavia, não está na IN nº 03/93 do TST, mas na especificidade da situação. É que, tratando-se de crédito trabalhista existente contra massa falida, crê-se que este precisa ser habilitado no juízo falimentar, onde deve ser executado junto com os demais créditos existentes. Somente assim se evitará prejuízo aos outros trabalhadores, já que a tramitação da execução na vara do trabalho poderia acarretar perda aos demais ex-empregados, sendo certo que, nesse caso, o concurso de credores é o procedimento mais equânime para o pagamento dos créditos obreiros.

Ora, se a execução será feita no juízo falimentar, não é necessária a garantia do juízo trabalhista. O valor que seria utilizado para o depósito recursal deve ser mantido no ativo da empresa, a fim de que todos os trabalhadores sejam igualmente beneficiados, sem qualquer espécie de privilégio, o que certamente ocorreria se fosse exigido depósito recursal em proveito de apenas um ex-empregado.

Verifica-se, dessa forma, que embora o TST não tenha utilizado o meio apropriado para a solução da questão, seu entendimento andou no caminho certo. O sustentáculo da dispensa no caso da massa falida, porém, não pode ser atribuído à IN nº 03/93 por entender-se que esta é, no ponto, inconstitucional.

A validade da liberação encontra-se na Súmula nº 86 do TST. Isso porque o tribunal pode interpretar as leis já existentes sem imiscuir-se, em assim agindo, nas atribuições dos outros Poderes da União. Dessa forma, é possível chegar ao mesmo entendimento através do cotejo da CLT com a Lei de Falências. Pela via da hermenêutica, portanto, encontra-se fulcro para a isenção. Isso foi feito na citada Súmula nº 86, que estabelece inoquer de recurso de massa falida por falta de pagamento de custas ou de depósito do valor da condenação.

As empresas concordatárias, segundo SÉRGIO PINTO MARTINS⁴², terão de se sujeitar ao depósito, não gozando do mesmo benefício que é concedido às massas falidas. As empresas em liquidação extrajudicial também não estão isentas do depósito recursal (Súmula nº 86 do TST).

Sobre a assistência judiciária gratuita, é preciso tecer ainda outros comentários. Entende-se que, no âmbito da Justiça do Trabalho, o benefício da gratuidade é reservado apenas ao obreiro, por força do art. 14 da Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dessa forma, o empregador jamais poderá gozar de tal vantagem. Ora, como o trabalhador não se sujeita a depósito, conforme já se concluiu em título anterior, nunca existirá situação de parte agraciada com a gratuidade e que, ao mesmo tempo, tenha de se submeter ao depósito. Isso porque o empregador se sujeita ao depósito, mas não pode receber o benefício da assistência. Ao contrário, o empregado pode ter a gratuidade, mas jamais se sujeitará ao depósito.

Mesmo que se admitisse poder o empregador gozar da vantagem da gratuidade, ainda assim tal benefício não compreenderia o depósito recursal. Isso porque a assistência judiciária, segundo dispõe a Lei nº 1.060/50, apenas compreende as seguintes isenções: (1) taxas judiciárias e selos; (2) emolumentos e custas; (3) despesas com publicação de editais; (4) indenizações de testemunhas; (5) honorários de advogado e perito; e (6) despesas com exames de DNA. Entre elas, não se inclui, pelo que se percebe, o depósito do valor da condenação. Tal entendimento é corroborado pela jurisprudência⁴³.

10 Valor do depósito

A importância do depósito prévio corresponderá, sempre, ao valor da condenação ou ao do teto previsto em ato do Presidente do TST. Se o valor da condenação for inferior ao do teto, bastará que a parte recorrente deposite o valor fixado na sentença. Se a importância arbitrada superar o valor-limite, poderá a parte optar por recolher o valor total da condenação, caso em que despenderá numerário mais elevado, ou então, simplesmente, depositar a importância do teto.

Atualmente, de conformidade com o Ato GP nº 173 do TST, de 29 de julho de 2005, o teto para recurso ordinário é de R\$ 4.678,13 (quatro mil, seiscentos e setenta e oito reais e treze centavos). O limite para recurso de revista, embargos infringentes e recurso extraordinário, bem como para recurso em ação rescisória está em R\$ 9.356,25 (nove mil, trezentos e cinquenta e seis reais e vinte e cinco centavos).

Para melhor compreensão do tema, convém que se utilize a técnica da exemplificação. Imagine-se que um juiz do Trabalho tenha em mãos três reclamatórias distintas, tendo julgado todas elas procedentes. Na primeira, o juiz fixa a condenação em R\$ 2.000,00 (dois mil reais); na segunda, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais); e, na terceira, em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

O valor do depósito para recurso ordinário corresponderá a R\$ 2.000,00 (dois mil reais) na primeira reclamatória. Na segunda, o reclamado poderá depositar R\$ 4.678,13 (quatro mil, seiscentos e setenta e oito reais e treze centavos), valor equivalente ao teto de recurso ordinário, ou, se assim preferir, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), correspondente ao valor total da condenação. Em ambos os casos estará preenchido o pressuposto de admissibilidade. Da mesma forma, na terceira reclamatória, poderá o recorrente depositar R\$ 4.678,13 (quatro mil, seiscentos e setenta e oito reais e treze centavos) ou R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Na sucessão de recursos, existem ainda outras regras a serem observadas. Uma delas está consubstanciada na IN nº 03/93 do TST, item II, letra "a", que dispõe que uma vez depositado o valor da condenação, nenhum outro depósito será exigido nos recursos das decisões posteriores, salvo de o valor da condenação vier a ser ampliado.

Outra norma importante está consignada no item II, letra "b", da citada IN nº 03/93 do TST, que estabelece que, se o valor constante no primeiro depósito, efetuado no limite legal, é inferior ao da condenação, será devida complementação de depósito em recurso posterior, observado o valor nominal remanescente da condenação ou os limites legais para cada novo recurso.

Esta última regra é complementada pela Súmula nº 128, item I, do TST (ex-OJ 139), que estabelece estar a parte recorrente obrigada a efetuar o depósito legal, integralmente, a cada novo recurso, sob pena de

deserção, sendo que, uma vez atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais será exigido para qualquer recurso.

Dessa forma, se nas três reclamationárias acima citadas fosse negado provimento aos recursos ordinários dos reclamados, não havendo redução nem acréscimo do valor inicialmente fixado à condenação, as importâncias dos depósitos para recurso de revista seriam as seguintes: (1) na primeira reclamationária nada seria devido, uma vez que a execução já estaria garantida pelos R\$ 2.000,00 (dois mil) depositados; (2) na segunda reclamationária, o recorrente deveria depositar R\$ 5.321,87 (cinco mil, trezentos e vinte e um reais e oitenta e sete centavos)⁴⁴ se tivesse depositado, para recurso ordinário, o valor do teto, e nada seria devido se tivesse depositado R\$ 10.000,00 (dez mil), que era o valor total da condenação; (3) na terceira reclamationária, o recorrente de revista precisaria depositar R\$ 9.356,25 (nove mil, trezentos e cinquenta e seis reais e vinte e cinco centavos), correspondente ao teto de recurso de revista, se tivesse depositado, para fins de recurso ordinário, o teto correspondente (R\$ 4.678,13), ou, se preferisse garantir integralmente a execução, poderia depositar R\$ 10.321,87 (dez mil, trezentos e vinte e um reais e oitenta e sete centavos)⁴⁵, se igualmente tivesse depositado o teto de recurso ordinário, mas, se houvesse depositado o valor total da condenação (R\$ 15.000,00) no momento da interposição do recurso ordinário, nada mais seria devido.

As mesmas operações matemáticas devem ser feitas no caso de redução ou acréscimo da condenação, sempre obedecendo às regras acima citadas (complementar o valor até chegar ao total nominal da condenação ou depositar a importância correspondente ao teto do recurso que se pretende interpor).

Entretanto, se a demanda em questão fosse uma ação rescisória, o valor-limite, já para o recurso ordinário, seria de R\$ 9.356,25 (nove mil, trezentos e cinquenta e seis reais e vinte e cinco centavos). Este tipo de ação tem ainda outra particularidade: somente é exigido um depósito, até o valor-limite fixado em ato do Presidente do TST. Assim, uma vez atingido o valor do teto, nada mais será devido. É o que dispõe o item III da IN nº 03/93 do TST. Obviamente, também aqui somente haverá necessidade de depósito se houver condenação em pecúnia.

Convém salientar que são cabíveis embargos declaratórios se a sentença ou acórdão não fixar o valor da condenação. Se, em sede recursal, houver acréscimo ou redução de parcelas a serem pagas, sem que o tribunal tenha se manifestado sobre o novo valor da condenação decorrente de tal circunstância, também poderá a parte interpor embargos de declaração. Não sendo apresentado tal recurso, permanece, para fins de depósito, o valor fixado pelo juízo *a quo*⁴⁶.

A atualização dos limites para o depósito recursal ainda obedece à regra do § 4º do art. 40 da Lei nº 8.177/91, com a redação dada pela Lei nº 8.542/92, ou seja, o reajuste deve ser bimestral pela variação acumu-

lada do INPC do IBGE. Entretanto, como atualmente a inflação está razoavelmente controlada, não há mais necessidade de reajuste bimestral. Por esse motivo, o TST tem feito a atualização anualmente. Em regra, procede-se ao reajuste no final de julho ou início de agosto de cada ano.

A alteração dos valores para acompanhar a realidade econômica do país é feita através de ato do Presidente do TST. Isso tem gerado discussões a respeito da constitucionalidade dos reajustes. WAGNER D. GIGLIO⁴⁷ sustenta que nem o IBGE nem o TST têm legitimidade para legislar e que a atualização prescinde de fixação por lei, razão por que sustenta haver inconstitucionalidade na forma como são feitas as atualizações. Contudo, adota-se aqui o entendimento de ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA⁴⁸, que afirma não estar o TST legislando quando reajusta os limites do depósito prévio. Crê-se estar a Corte Trabalhista atuando sob expressa permissão legal (art. 8º da Lei nº 8.542/92), bem como procedendo à mera atualização numérica dos valores consignados na própria lei.

11 Complementação do depósito na sucessão de recursos.

Antigamente, havia dúvidas se o novo depósito, na sucessão de recursos, constituiria mera complementação do primeiro depósito efetuado no processo ou se haveria renovação do ato. As conseqüências práticas de um ou outro entendimento são sensivelmente diversas.

Caso se entenda que há simples complementação do primeiro depósito, a parte recorrente fica obrigada a depositar, no segundo recurso interposto ou nos subsequêntes, apenas a diferença entre o valor da condenação e a importância que já fora depositada, sempre obedecido o teto do recurso que se pretende apresentar. Ao contrário, se for adotado o entendimento de que necessariamente deve haver renovação do ato, sempre precisarão os depósitos corresponder aos valores-limite de cada recurso, até que se atinja o valor da condenação.

Assim, num processo cuja condenação seja, por exemplo, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), considerando que a parte tenha interposto recurso ordinário e que, para tanto, haja efetuado depósito no valor do teto correspondente (R\$ 4.678,13), para apresentar recurso de revista teria ela de depositar, no mínimo, R\$ 5.321,87 (cinco mil, trezentos e vinte e um reais e oitenta e sete centavos)⁴⁹ se adotado o entendimento de que deve haver complementação, e R\$ 9.356,25 (nove mil, trezentos e cinqüenta e seis reais e vinte e cinco centavos), correspondente ao teto do recurso de revista, se adotado o entendimento de que deve haver renovação do ato.

A discussão não mais se sustenta nos dias atuais, sendo certo que o novo depósito constitui complementação do anterior, até que seja alcançado o valor nominal da condenação. Tal se depreende do que foi explicitado no título antecedente a este, especialmente em razão do teor da já citada Súmula nº 128 do TST.

A atual redação do item I da Súmula nº 128 do TST, recentemente revisada pela Resolução nº 129 do TST, de 20 de abril de 2005, é a seguinte: "É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso."

Muito embora a aludida Súmula utilize o termo "*integralmente*" ao tratar da necessidade de depósito a cada novo recurso interposto, sua parte final estabelece que nenhum outro depósito será exigido uma vez que tenha sido alcançado o valor da condenação. Isso significa que também a atual jurisprudência da Suprema Corte Trabalhista adota o entendimento de que deve haver uma complementação do depósito já efetuado, até que se atinja o valor da condenação.

De outra banda, a IN nº 03/93 do TST utiliza, não em vão, em seu item II, letra "b", a expressão "será devida complementação de depósito em recurso posterior". Antes mesmo da expedição da IN nº 03/93 do TST, AMAURI MASCARO DO NASCIMENTO⁵⁰, ainda na vigência da IN nº 02/91, defendia o entendimento de que deveria haver simples complementação, argumentando que a então vigente instrução utilizava exatamente este termo: *complementação*.

12 Insuficiência de depósito

Já foi dito que o depósito prévio constitui pressuposto de admissibilidade recursal e que a sua ausência implica deserção do apelo. Em vista disso, dúvidas têm sido suscitadas quando há depósito, mas este é inferior ao que deveria ter sido efetuado. Tais questionamentos ocorrem, particularmente, quando a diferença é muito pequena.

Os mais rigorosos sustentam que o depósito efetuado a menor, mesmo que seja ínfima a diferença, implica deserção do recurso, uma vez que desatendida a determinação legal. Nessa linha, posiciona-se SÉRGIO PINTO MARTINS⁵¹, que afirma ter o § 1º do art. 899 da CLT mencionado o "prévio depósito da respectiva importância" e que a "respectiva importância" não estaria sendo resguardada se o depósito não fosse feito no valor integral. Há também um entendimento mais flexível, do qual é adepto VALENTIN CARRION⁵², que sustenta não haver deserção quando for ínfima a diferença depositada a menor.

O TST tem sido extremamente severo no que concerne à questão. Salvo raríssimas exceções⁵³, não se admite recurso cujo depósito tenha sido efetuado em valor inferior ao devido. O entendimento do órgão foi expresso através da Orientação Jurisprudencial nº 140 da Seção de Dissídios Individuais, que dispõe o seguinte: "Ocorre deserção do recurso pelo recolhimento insuficiente das custas e do depósito recursal, ainda que a diferença em relação ao "quantum" devido seja ínfima, referente a centavos". Assim, o depósito feito a menor, ainda que a diferença corresponda a apenas um centavo de real, implica deserção.

Entretanto, tamanho rigorismo revela-se exagerado. Não é a diferença de centavos de real que irá tornar a execução desprovida de garantia. Se o objetivo do depósito compulsório é garantir a futura execução e se o valor depositado a menor é tão mísero, a ponto de não se fazer sentir, não deixará a execução de estar garantida. Por isso, adota-se aqui aquela posição mais flexível, que propugna pela admissão do recurso quando a diferença é ínfima. Por certo que, ao acolher-se tal entendimento, em razão de um imperativo lógico, ter-se-á de entregar à concepção subjetiva do juiz a definição do que seja "diferença ínfima".

Sobre a insuficiência de depósito, é preciso ainda abordar outra discussão, esta sobre a aplicabilidade ao processo do trabalho do disposto no art. 511, § 2º, do CPC, que estabelece o seguinte: "A insuficiência no valor do preparo implicará deserção, se o recorrente, intimado, não vier a supri-lo no prazo de 05 (cinco) dias".

Se, por força do art. 769 da CLT, fosse aplicável o dispositivo também no campo trabalhista, estaria o juiz, verificando a não-integralidade do depósito, obrigado a intimar a parte recorrente para que viesse aos autos suprir a diferença e, somente se isso não fosse feito no prazo de cinco dias, é que poderia ser o recurso considerado deserto.

Não se vislumbra qualquer óbice à aplicação de tal regra ao processo do trabalho. Muito antes pelo contrário, a intimação do empregador para que venha complementar o depósito somente implica benefício ao reclamante, que tem garantido para si o valor inteiro da condenação ou, pelo menos, o do teto recursal. Cumpre, neste momento, relembrar que o depósito obrigatório não visa a obstar a interposição de recursos, mas garantir a execução.

De outra banda, as regras da CLT não impedem tal interpretação, na medida em que nada se menciona acerca do procedimento a ser adotado quando não houver integralidade do depósito. A expressão "*depósito da respectiva importância*" inserta no § 1º do art. 899 não tem o condão de afastar a aplicabilidade do art. 511, § 2º, do CPC, pois esta se destina apenas a indicar que o valor a ser depositado deve ser aquele previsto na sentença ou acórdão condenatório. Por essas razões e por ser o processo comum fonte subsidiária do processo do trabalho (CLT, art. 769), sustenta-se aqui, em sentido contrário ao que tem prevalecido na jurisprudência, ser perfeitamente amoldável à seara trabalhista o dispositivo da lei processual civil.

O grande problema é que o depósito compulsório tem sido visto por alguns julgadores como verdadeiro "filtro recursal", e este não é o objetivo do instituto. Compreende-se que o volume de processos, atualmente em trâmite na Justiça do Trabalho, é, se não assustador, pelo menos preocupante. Entretanto, a redução do número de lides trabalhistas deve ser promovida por outros meios, de preferência através de expedientes anteriores ao próprio ajuizamento da ação. O que não se

pode fazer é utilizar o depósito obrigatório como uma autêntica "goleira recursal". Essa, repita-se, não foi a intenção do legislador.

Convém aqui ressaltar que o rigorismo exacerbado com o empregador, especialmente quando se trata de questões processuais perfeitamente vencíveis através de uma interpretação razoável e consoante com o ordenamento jurídico, somente se presta para incentivar o ajuizamento desmedido de reclamações trabalhistas, muitas vezes totalmente infundadas e baseadas na já arraigada crença de que nada se tem a perder.

Assim, se a diferença for considerada ínfima pelo juiz responsável, poderá o recurso ser admitido sem que, para tanto, seja necessária a complementação do valor remanescente. Nessa hipótese, também poderá o julgador, se assim preferir, intimar o recorrente para que integralize o valor faltante, o que parece ser mais adequado. No caso de ser a diferença um tanto mais considerável, será necessária a intimação a que se refere o art. 511, § 2º, do CPC.

Entretanto, se o empregador nada depositar, os rumos a seguir serão outros. Nesse caso, restará demonstrado o propósito protelatório do recorrente ou, no mínimo, a desídia para com a demanda. Se isso ocorrer, não será dado ao empregador invocar o art. 511, § 2º, do CPC, especialmente porque este dispositivo prevê a *insuficiência* de preparo e não a sua completa *ausência*.

Todavia, se o motivo da ausência do depósito for plenamente escusável, crê-se, pelos mesmos motivos acima expendidos, ser também aplicável ao processo do trabalho a regra contida no art. 519 do CPC, o qual estabelece que a pena de deserção será relevada se o recorrente provar justo impedimento para a efetivação do preparo, caso em que o juiz fixará prazo para que a parte interessada providencie no cumprimento da exigência. O *justo* impedimento, pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de greve geral dos economiários.

13 Data de referência para aferição do valor a ser depositado

Pelo que foi visto, já se sabe que os limites recursais sofrem atualizações periódicas. Assim, indaga-se a respeito de qual dos valores, o antigo ou o novo, deverá ser utilizado quando o teto for majorado no período que medeia a publicação da sentença ou acórdão e a interposição do recurso.

O valor que se considera para fins de depósito, segundo CHRISTOVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA⁵⁴, é aquele vigente no dia da intimação do julgado recorrido. Há, todavia, corrente doutrinária em sentido oposto, à qual se filia ÍSIS DE ALMEIDA⁵⁵, sustentando que a data a ser considerada é a da efetivação do depósito. Esta última posição é a que tem sido acolhida pelo TST, que externou seu entendimento através do item VIII da IN nº 03/93.

Dessa forma, havendo aumento do teto recursal no interregno que vai da intimação do decisum até a realização de depósito, esta é a data que se deve ter como referência. Andou bem a Suprema Corte Trabalhista na adoção de tal tese, pois, se a finalidade do instituto é garantir a execução, e se os valores foram reajustados exatamente para manter seu poder aquisitivo, é imperioso que se respeitem os novos limites.

A observância dos reajustes, de acordo com o item VI da IN. 03/93 do TST, passa a ser obrigatória a partir do quinto dia seguinte ao da publicação do ato do Presidente que editar os novos valores, sendo este o marco temporal para a discussão que acima se ventilou.

O último ato da Presidência do TST (Ato GDGCJ.GP nº 173/2005, de 21 de julho de 2005) não respeitou essa orientação, tendo determinado que a vigência dos novos valores ocorresse a partir do dia 01 de agosto de 2005, apenas três dias após a publicação, que ocorreu dia 29 de julho de 2005. Esse equívoco ensejou correção através do Ato GDGCJ.GP nº 179, de 05 de agosto de 2005, o qual sanou a inconsistência ao determinar que os novos tetos passariam a valer a partir de 15 de agosto de 2005.

Entretanto, em vista do que já se argumentou no título antecedente, defende-se aqui a proposição de que, tendo o recorrente depositado a importância do dia da publicação da sentença ou acórdão e tendo ocorrido majoração dos limites, será possível a aplicação do art. 511, § 2º, do CPC.

14 Prazo para comprovação

Desde tempos remotos, o legislador utilizou o substantivo "*pré-vio*" para caracterizar o depósito recursal. Questionou-se, frente ao uso desse vocábulo, se a comprovação do depósito deveria ou não ser trazida aos autos obrigatoriamente antes da interposição da peça de insurgência.

O art. 7º da Lei nº 5.584/70 estabeleceu que a comprovação do depósito deveria ser feita dentro do prazo para a apresentação do recurso. Entretanto, não aclarou por completo as dúvidas que existiam a respeito da matéria. Ainda restava saber se o empregador poderia comprovar o depósito após a interposição do apelo, desde que ainda não houvesse expirado o prazo a ele alusivo, no caso de tê-lo protocolado antecipadamente.

O TST firmou entendimento no sentido de que tem a parte interessada o prazo integral do recurso para comprovação do depósito, mesmo que este seja interposto já nos seus primeiros dias. Assim o fez através da Súmula nº 245, que estabeleceu o seguinte: "O depósito recursal deve ser feito e comprovado no prazo alusivo ao recurso. A interposição antecipada deste não prejudica a dilação legal". É no mesmo sentido o item VIII da IN nº 03/93 do TST.

Crê-se, portanto, que assiste razão a WAGNER D. GIGLIO⁵⁶ quando afirma que o termo "*prévio*" perdeu completamente o sentido. Dessa forma, o prazo para comprovação do depósito compulsório é sempre igual ao do recurso que se pretende interpor, mesmo que este seja apresentado antecipadamente, antes de expirado o prazo legal.

Considera-se válida a comprovação do depósito recursal na Justiça do Trabalho quando, na guia respectiva, conste pelo menos o nome do recorrente e do recorrido, o número do processo, a designação do juízo por onde tramitou o feito e a explicitação do valor depositado, desde que autenticada pelo banco recebedor (IN nº 18 do TST).

Segundo CHISTOVÃO PIRAGIBE TOSTES MALTA⁵⁷, a guia deve vir aos autos em seu original, não se prestando para fins de prova do depósito a cópia xerográfica simples. A maioria das cortes regionais trabalhistas têm sido rígida nesse sentido, não aceitando, como prova do depósito recursal, a cópia da guia respectiva, especialmente quando desprovida de autenticação⁵⁸. Felizmente, já existem julgados, inclusive do TST, entendendo que a cópia serve como prova⁵⁹.

15 Conversão em penhora

Discute-se a respeito da convertibilidade do depósito recursal em penhora. Como não poderia deixar de ser, existem duas correntes doutrinárias a par do assunto: uma sustentando, e outra negando a viabilidade de tal transfiguração.

Aqueles que entendem ser cabível o depósito recursal também na fase de execução, por coerência, apregoam a impossibilidade de transformação do depósito efetivado na etapa cognitiva em penhora⁶⁰. Entretanto, este não parece ser o melhor caminho para a solução do problema.

Se tanto a penhora quanto o depósito compulsório possuem idêntica finalidade (garantir a execução), não há motivo para que o juiz deixe de autorizar a conversão em penhora do depósito feito na fase de conhecimento. Caso houvesse impossibilidade de fazê-lo, estaria o empregador sendo duplamente onerado para garantir a mesma execução. Nessa hipótese, o recorrente, de forma totalmente desnecessária, teria imobilizado parte de seu patrimônio que, mesmo estando à disposição do juízo, não poderia ser utilizado como certeza de pagamento ou como parte deste.

Acredita-se que, à hipótese, é plenamente aplicável o art. 620 do CPC, o qual dispõe que, podendo a execução ser promovida por vários meios, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso ao devedor. A rigor, a parte sequer precisaria requerer a conversão, uma vez que o dispositivo em comento utiliza o verbo mandar no imperativo. Assim, cabe ao juiz, de ofício, determinar, quando da penhora, o abatimento dos valores que já se encontram depositados na conta vinculada do re-

clamante. Salienta-se, a propósito, que antes do abatimento deverá a importância depositada ser corrigida monetariamente, de acordo com os critérios próprios.

Aliás, o item II, "f", da IN nº 03/93 do TST assim deixa transparecer quando estabelece que, com o trânsito em julgado da decisão condenatória, os valores que tenham sido depositados e seus acréscimos serão considerados na execução.

Dessa maneira, se o depósito compulsório efetuado na fase de conhecimento não for suficiente para cobrir o valor atualizado do débito, deverá a penhora ser apenas complementada com o valor faltante, até que se atinja o importe total da condenação. Se, ao contrário, o valor for bastante para pagar integralmente o crédito, não poderá haver penhora, devendo o juiz converter o depósito já existente e, com ele, garantir o pagamento.

16 O depósito recursal e a solidariedade passiva

Outro ponto de divergência doutrinária e jurisprudencial é a forma como deve ser efetuado o depósito no caso de condenação solidária. Há quem sustente que cada um dos litisconsortes precisará efetuar o seu depósito, mas também existem juristas a defender a tese de que o depósito feito por um dos devedores solidários aproveita aos demais.

O primeiro entendimento apóia-se no art. 48 do CPC, que preleciona serem os litisconsortes, salvo disposição em contrário, considerados como litigantes distintos em relação à parte contrária, sendo que os atos e omissões de um não beneficiarão nem prejudicarão os outros. Defende essa tese SÉRGIO PINTO MARTINS⁶¹.

Tal posição, entretanto, não é a mais correta, tampouco tem sido acolhida pela jurisprudência⁶². Na doutrina, igualmente, a corrente que tem encontrado maior número de adeptos é aquela segundo a qual o depósito efetuado por um dos devedores solidários a todos os demais aproveita⁶³. O TST, inclusive, já referendou esse entendimento através da Súmula nº 128, III, do TST (ex-OJ nº 190).

Entretanto, essa regra não é absoluta. O depósito do co-responsável somente beneficia os outros litisconsortes quando o depositante não está a pleitear a sua exclusão do processo. A restrição existe porque há possibilidade de acolhimento do recurso, caso em que a execução ficaria desprovida de qualquer garantia. Incensurável, portanto, o entendimento da Alta Corte Trabalhista, que protege o trabalhador de forma eficiente e livre de excessos, assegurando-lhe uma garantia mínima da execução.

Além de resguardar o obreiro, a sobrecitada Súmula do TST tem a qualidade de não onerar duplamente a parte devedora, o que certamente ocorreria se todos os litisconsortes passivos fossem compelidos a efetuar depósito assecuratório de uma mesma execução.

17 O depósito recursal e o litisconsórcio ativo

O mesmo problema proposto no título anterior verifica-se no caso de litisconsórcio ativo. Por evidente, também nas reclamações plúrimas é arbitrado valor à condenação. É exatamente nesse ponto que se assenta a dúvida. Parte dos juristas entende que o *quantum* fixado em sentença abrange todos os reclamantes, havendo, dessa forma, necessidade de um único depósito para que se tenha por garantida a execução. Outros estudiosos, contudo, sustentam que o depósito deve ser efetivado em relação a cada reclamante.

Aqueles que exigem depósito único do valor da condenação ou do teto recursal, tendo assim por garantida a execução com relação a todos os autores, alegam que a quantia arbitrada pelo juiz da causa já representa o total da condenação, sendo prescindível relacionar, no *decisum*, a fração que corresponde a cada um dos reclamantes.

Esse entendimento é o que tem sido acolhido pelo TST. A IN nº 03/93, item II, "e" estabelece que, nas reclamações plúrimas e nas em que houver substituição processual, será arbitrado o valor total da condenação para fins de atendimento da exigência legal. Acertada a posição da Corte Trabalhista, pois entender em sentido contrário oneraria excessivamente o empregador e burocratizaria desnecessariamente o processo.

De outra banda, reclamar para cada autor um depósito recursal autônomo significa dizer que, na prática, o limite fixado pelo TST poderia ser ultrapassado. Isso porque, havendo dois ou mais reclamantes e sendo a condenação, para cada qual deles, superior ao teto recursal, estaria o empregador obrigado a depositar tantos depósitos de valor-limite quantos fossem os autores. Isso, obviamente, vai de encontro ao espírito do instituto.

Como bem estabelece a sobrecitada instrução normativa, o depósito único também vale em se tratando de substituição processual. A regra decorre do mesmo raciocínio vigente para o litisconsórcio ativo, pois, nessa hipótese, pode haver, e geralmente há, mais de um substituído. Exemplo típico é o ajuizamento de ação por sindicato.

Ainda que a condenação seja fixada em valores diferenciados para cada reclamante ou substituído, o teto será único. Nesse caso, deverão ser somadas as importâncias relativas a cada um deles para que se chegue ao total da condenação. Este é o valor que deverá ser considerado para fins de depósito recursal, observados os limites fixados pelo TST.

18 Levantamento

O art. 899 da CLT, em seu § 1º, dispõe que o levantamento do depósito recursal pela parte vencedora será imediatamente ordenado pelo juiz, por simples despacho, após o trânsito em julgado da decisão recor-

rida. Ao assim estabelecer, o legislador pretendeu dispensar de quaisquer formalidades a liberação do depósito.

O procedimento é facilitado porque, passando em julgado a sentença ou acórdão guerreado, cessa a causa de existir do depósito recursal⁶⁴. Assim, a parte vitoriosa poderá retirar, através de alvará, o valor que antes estava à disposição do juízo. Se vencedor o empregado, com o trânsito da decisão ter-se-á por indiscutível o seu crédito, razão por que poderá levantar o depósito como pagamento ou como parte deste. Se triunfante o empregador, reconhecida estará a inexistência do seu débito, motivo pelo qual ser-lhe-á restituído o numerário que despendeu.

Quando houver acordo para a extinção do processo, as partes disporão sobre o valor depositado. Na ausência de expressa estipulação dos interessados, a importância disponível será liberada em favor da parte depositante, no caso, o empregador (IN/TST nº 03/93, item XIII).

19 Impossibilidade de depósito em conta alheia à do FGTS

Em épocas passadas, permitiu-se que o depósito recursal fosse efetuado em conta judicial comum, desde que a mesma estivesse localizada na sede do juízo. Atualmente, não mais é autorizado o depósito em conta que não seja a do FGTS do empregado, muito embora alguns autores ainda defendam tal possibilidade⁶⁵. A conclusão é extraída da cronologia das normas que disciplinaram o assunto.

A CLT, em sua redação originária, determinava que o depósito fosse feito na conta vinculada do empregado. Em 1985, foi editado o então Enunciado nº 165 do TST, que facultava o depósito fora da conta do FGTS, desde que feito na sede do juízo e que permanecesse à disposição deste. Em 1993, corroborando esse entendimento, o TST expediu a IN nº 03/93, que autorizava o depósito em conta judicial comum (item II, "d"). Posteriormente, em 1998, a Resolução nº 87 do mesmo tribunal revogou o aludido enunciado, impedindo, assim, que o depósito pudesse ser feito em conta poupança. Ainda em 1998, foi publicada a Circular nº 149 da Caixa Econômica Federal, na qual ficou estabelecido que o depósito deveria ser feito em conta vinculada (item 5.2). O TST, no mesmo ano, editou a IN nº 15, que reiterou os termos do item 5.2 da Circular CEF nº 149/98. Finalmente, em 2003, o TST expediu a Resolução Administrativa nº 121, que manteve revogado o já em desuso Enunciado nº 165.

A atual redação do art. 899, § 4º, da CLT determina que o depósito seja feito na conta vinculada do trabalhador. Evidencia-se, portanto, que, nos dias de hoje, o empregador não pode mais garantir a execução, para fins de recurso, através de depósito em conta comum à disposição do juízo. Tanto assim é que o § 5º do mesmo artigo consolidado determina que o empregador proceda à abertura de conta vinculada para tal fim quando o trabalhador não possuir uma em seu nome.

20 Forma e remuneração do depósito

Como visto no título anterior, o depósito recursal somente pode ser efetuado na conta vinculada do trabalhador. O referido depósito deve ser feito através da chamada Guia de Recolhimento ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP.

A IN n 15/98 do TST estabelece que o depósito pode ser feito em qualquer agência da rede bancária arrecadadora. De acordo com a Súmula n° 217 do TST, o credenciamento dos bancos para fins de recebimento do depósito recursal é fato notório e, portanto, independe de prova. Todavia, na prática, após a centralização das contas vinculadas na Caixa Econômica Federal por força do art. 12 da Lei n° 8.036/90, as demais instituições bancárias, em sua grande maioria, deixaram de aceitar de seus clientes os depósitos fundiários⁶⁶.

Por determinação do art. 899, § 4°, da CLT, o depósito recursal é remunerado pelos mesmos critérios fixados na Lei n° 8.036/90 (art. 13), que regulamenta o FGTS. Ou seja, capitalizará juros de três (03) por cento ao ano e será corrigido pelos mesmos critérios aplicados à caderneta de poupança. Utiliza-se o chamado JAM (juros e atualização monetária). Verifica-se, portanto, que o depósito recursal tem rendimentos inferiores ao da poupança, que é corrigida pela taxa referencial e capitaliza juros de meio (0,5) por cento ao mês.

21 A questão da constitucionalidade

Muito se discute acerca da constitucionalidade do depósito recursal em face do princípio do duplo grau de jurisdição (art. 5°, LV, da CF/88), do princípio da igualdade (art. 5° *caput* da CF/88) e do princípio do acesso à justiça (art. 5°, XXXV, da CF/88).

Embora alguns autores apregoem a inconstitucionalidade do depósito⁶⁷, por ofensa aos dispositivos constitucionais consagradores dos princípios acima indicados, tem-se que o instituto não encerra nenhuma ofensa ao texto da Lei Maior. No mesmo sentido, o escólio de ARION SAYÃO ROMITA⁶⁸, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS FILHO⁶⁹ e SÉRGIO PINTO MARTINS⁷⁰.

Inexiste afronta ao inciso LV do art. 5° da CF/88. Isso porque o direito ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos que lhe são inerentes, deve ser exercido de acordo com as regras processuais vigentes. Em outras palavras, a ampla defesa deve ser exercida em conformidade com a legislação ordinária, na qual existe previsão expressa do depósito recursal. O que pretende a Carta Magna proibir é que o legislador simplesmente barre a interposição de recursos de maneira arbitrária e infundada. Isso, evidentemente, não ocorre com o depósito recursal, que possui justa razão de existir.

Não se pode olvidar que, na área trabalhista, tanto o direito material como o direito processual têm características muito peculiares, todas elas com um único objetivo: igualar, tanto quanto possível, no plano jurídico, as partes que, no plano fático, são naturalmente desiguais. Essa é a mais primária razão para que as regras trabalhistas tenham caráter tão protetivo.

Destarte, a exigência de depósito para apenas uma das partes, o empregador, nada tem de inconstitucional. Não há arranhadura ao princípio da igualdade, previsto no *caput* do art. 5º da CF/88. Isso porque a efetiva igualdade somente é alcançada quando os desiguais são desigualmente tratados. O que se proíbe é a diferenciação jurídica desarrazoada e injusta.

Por óbvio que o empregado, na maior parte dos casos, não possui condições financeiras de arcar com o depósito recursal. Exigir que seu apelo venha acompanhado do depósito seria o mesmo que vedar-lhe a interposição do recurso. A diferenciação que existe em termos de depósito compulsório não é infundada, pelo contrário, é baseada em motivos justos e eticamente defensáveis.

A ferramenta utilizada para corrigir desigualdades, como bem assevera EDUARDO J. COUTURE⁷¹, é criar outras desigualdades. Por essa razão, tem-se por constitucional o depósito compulsório, ainda que exigível somente do empregador.

Também não há qualquer ofensa ao princípio do acesso à justiça, inculcado no art. 5º, XXXV, da CF/88. O empregador não está impedido de ajuizar demanda trabalhista, tampouco de recorrer. Todavia, terá que cumprir o requisito legal, o que não lhe cerceia o direito de defesa, especialmente porque, em regra, possui condições materiais de fazê-lo.

Acolhe-se, integralmente, o raciocínio de ARION SAYÃO ROMITA⁷² quando afirma que pode o empregador desprovido de recursos financeiros comprovar nos autos, de forma inequívoca, tal circunstância, caso em que poderá, a critério do juiz, ser dispensado do depósito. Não se trata de conceder assistência judiciária gratuita, pois, como visto anteriormente, esse benefício não lhe é extensível. O que poderá ocorrer é a simples dispensa do depósito, sem concessão do benefício da assistência judiciária, quando o empregador fizer prévia e contundente prova de que não possui condições econômicas para arcar com o encargo.

Pelo exposto, tem-se que o depósito obrigatório nada tem de inconstitucional. Pelo contrário, é condizente com princípios consagrados na Lei Maior. Visa a garantir o recebimento do crédito trabalhista, sem ferir a regra da igualdade, o direito de acesso à justiça e o contraditório.

22 Conclusão

O depósito compulsório é um dos requisitos de admissibilidade recursal. Para que o apelo do empregador prossiga, é imprescindível

que este deposite na conta vinculada do empregado o valor da condenação ou a importância-limite para tal fim estabelecida pelo TST.

A exigência legal tem como objetivo garantir, ainda que parcialmente, a futura execução dos créditos trabalhistas. Assim, não se exige depósito do empregado recorrente, pois este não é devedor de verbas trabalhistas em face de seu empregador. Pelo mesmo motivo, o depósito é inexigível quando a condenação for apenas ao pagamento de honorários ou de custas processuais.

O depósito também visa a desestimular a interposição de recursos com objetivos meramente protelatórios, porque obriga o recorrente a despendar numerário do qual poderia dispor caso optasse por não apresentar o apelo. Por certo que, na hipótese de ter a insurgência do patrão intenção unicamente emulatória, não lhe convirá apresentar o recurso, uma vez que os critérios de atualização dos depósitos recursais são em muito inferiores àqueles utilizados pelo mercado financeiro. Melhor atende aos interesses do empregador, nesse caso, aplicar o dinheiro em produtos oferecidos por instituições bancárias ou outras formas de investimento. Depois, na fase de execução, quando a importância já lhe rendeu frutos, poderá empregá-la como pagamento, mesmo que parcial, do débito trabalhista.

Como o depósito deve ser efetuado na conta vinculada do trabalhador, a sua remuneração obedecerá aos mesmos critérios utilizados para a atualização das contas fundiárias. Ou seja, capitalizará juros de três por cento ao ano e será corrigido da mesma forma que o são as cadernetas de poupança.

O depósito visa a garantir futura execução, motivo pelo qual somente é exigido quando houver condenação a pagamento em dinheiro. Por isso, prescindem de depósito os recursos interpostos em ações meramente declaratórias ou constitutivas, bem como naquelas em que a condenação seja uma obrigação de fazer ou de não fazer.

É dispensável o depósito nos embargos à execução (por possuírem natureza jurídica de ação autônoma e não de recurso), nos dissídios coletivos, nos agravos de instrumento e regimentais, nos embargos declaratórios, nos *habeas corpus* e nos *habeas data*. Em contrapartida, ele é exigível nos recursos ordinário, de revista, extraordinário e nos embargos infringentes, ainda que interpostos em ações cautelares ou mandados de segurança. Também nas ações rescisórias os recorrentes estão obrigados ao cumprimento da exigência legal, com a particularidade de que, nesse caso, o depósito será único e os valores serão diferenciados.

Muito embora a jurisprudência seja oscilante quando se trata de agravo de petição, tem-se que nesta espécie recursal não deve ser reclamado depósito. O instituto foi criado para a fase de conhecimento e a esta deve ficar limitado, uma vez que a fase executiva já possui mecanismos próprios para constrição de bens ou valores.

Ainda que tenha o TST isentado do depósito compulsório os entes de direito público externo, as heranças jacentes e os beneficiários da assistência judiciária gratuita, entende-se que, no ponto, a Corte Trabalhista exorbitou a sua competência, razão por que tais sujeitos devem se submeter à obrigação de depositar.

A massa falida, ao contrário do que ocorre com as empresas concordatárias ou em liquidação extrajudicial, não se vincula ao dever de depositar. Isso porque, em tal caso, a execução precisa ser feita no juízo falimentar. Dessa forma, não há necessidade de constituir garantia na vara trabalhista.

Também estão isentos do depósito compulsório, por expressa determinação legal, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias e as fundações de direito público que não explorem atividade econômica. O benefício, entretanto, não é estendido às sociedades de economia mista.

Atualmente, o teto do depósito para fins de recurso perante os tribunais regionais está em R\$ 4.678,13 (quatro mil, seiscentos e setenta e oito reais e treze centavos). Já os recursos interpostos perante os tribunais superiores têm valor-limite mais elevado, de R\$ 9.356,25 (nove mil, trezentos e cinquenta e seis reais e vinte e cinco centavos). Essas importâncias são corrigidas anualmente pela variação acumulada do INPC do IBGE, através de ato do Presidente do TST.

Não é inconstitucional a atuação do tribunal na edição de atos que se destinam à correção dos valores-limite. Pelo contrário, a Suprema Corte Trabalhista assim age sob expressa autorização legal. Ao proceder à atualização, o tribunal apenas adequa os valores às novas realidades da economia, a fim de que o instituto não deixe de atender as finalidades para as quais foi criado.

No caso de insuficiência de depósito, se ínfimo o valor da diferença recolhida a menor, tem-se que o recurso não deve ser barrado no juízo prévio de admissibilidade, muito embora não seja esta a opinião predominante no TST. Também se sustenta aqui o minoritário entendimento de que os arts. 511, § 2º e 519 do Código de Processo Civil são subsidiariamente aplicáveis ao processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT.

Como o depósito possui natureza jurídica de garantia da execução e porque a penhora possui a mesma finalidade, pode aquele ser convertido em penhora, a fim de que a execução seja o menos onerosa possível para o devedor, conforme determina o art. 620 do CPC, também aplicável ao processo trabalhista.

Incumbe ao recorrente comprovar nos autos a efetivação do depósito até o último dia do prazo recursal, mesmo que o apelo tenha sido interposto antecipadamente. Deve ser considerado, para tal fim, o valor-teto vigente à data da realização do depósito.

A importância da condenação, no caso de litisconsórcio ativo, será única e totalizará o montante devido a cada um dos autores. Havendo,

ao contrário, mais de um devedor solidário, o depósito feito por qualquer deles é aproveitado pelos demais, desde que o co-reclamado depositante não esteja pleiteando a sua exclusão do processo.

Por fim, é de se mencionar que a exigência legal está em absoluta consonância com a Constituição Federal, não tendo havido, com a criação do instituto, qualquer ofensa aos princípios da igualdade, do duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça. Pelo contrário, o depósito recursal veio para atender uma necessidade básica verificada nas lides trabalhistas, qual seja, a de assegurar que o empregado vencedor receba seu crédito.

Indubitavelmente, a demora na tramitação das reclamações trabalhistas, plenamente justificável pelo excessivo número de processos que atualmente tramitam nas varas e tribunais do trabalho, dificulta que o obreiro venha a receber, no final da ação, aquilo que lhe é devido. Não raro as empresas entram em processo de falência ou "somem" no curso do processo. Dessa forma, vê-se no depósito recursal um meio eficiente e justo de oferecer ao trabalhador uma garantia mínima de pagamento.

Notas

- 1 ALMEIDA, Ísis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2002. 2 vol., p. 318.
- 2 MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. **Prática do processo trabalhista**. 32 ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 599.
- 3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. p. 161
- 4 Ver, *e.g.*, ALMEIDA, Isis de. Manual de direito processual do trabalho. 2 vol., p. 318; MALTA, Christovão Piragibe Tostes. Prática do processo trabalhista, p. 599; SAAD, Eduardo Gabriel, Direito processual do trabalho, p. 588.
- 5 MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, v. 2. p. 1424
- 6 MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. *Op. cit.* p. 625
- 7 ROCHA, Osiris. Teoria e prática dos recursos trabalhistas. 4 ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 60
- 8 GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.410
- 9 BARROS, Alice Monteiro de (coord.). **Compêndio de direito processual do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2001. p. 486
- 10 BEBBER, Júlio César. **Recursos no processo do trabalho: teoria geral dos recursos**. São Paulo: LTr, 1999. p. 126
- 11 COSTA, Carlos Torreão Coqueijo. **Direito processual do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense 1995. p. 482
- 12 MOREIRA, Álvaro Luiz Carvalho. **O depósito recursal no âmbito do processo do trabalho**. (<http://ematrarj.com.br/revista/revista2/art5.html>) acesso em: 02-07-2004.
- 13 Processo do trabalho. p. 273
- 14 MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 925

- 15 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Natureza jurídica do depósito recursal**. Revista LTr. São Paulo: LTr, 57-02/152, 1993.
- 16 GIGLIO, Wagner D. *Op. cit.* p. 413
- 17 SILVA, Antônio Álvares da. **Depósito recursal e processo do trabalho**. 2 ed. Brasília: Centro de Assessoria Trabalhista, 1991. p. 24
- 18 *Ibidem*, p. 25
- 19 *Op. cit.*, p. 624
- 20 *Op. cit.*, p. 924
- 21 *Op. cit.*, p. 1424
- 22 *Op. cit.*, p. 615
- 23 Nesse sentido: AP n. 1490/2000, TRT 8ª Região, 1ª Turma, j. 09/05/2001; RO n. 1000/2001, Ac. 0861, 14ª Região, DJE/RO 02/08/2002.
- 24 TEIXEIRA, João de Lima Teixeira. *Op. cit.*, p. 1424
- 25 *Ibidem*, p. 1424
- 26 RO n. 13070/1992, TRT 1ª Região, 8ª Turma, DORJ 10/07/1995, Rel. Juíza Amélia Valadão Lopes; RR 324265/1996, TST, 2ª Turma, DJ 03/09/1999, Rel. juiz Convocado Ricardo Mac Donald Ghisi; ROAG 410003/1997, TST, SDI-2, DJ 14/04/2000, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira.
- 27 *Op. cit.*, p. 683
- 28 *Op. cit.*, p. 126.
- 29 *Op. cit.*, p. 926
- 30 Entendendo que deve haver depósito: Ver. LTr 39/150, TRT 2ª Região, 6.515/72, Ac. 2ª Turma, Rel. juiz Wagner D. Giglio; Rev. do TRT da 8ª Região, 15/199, j. dez/1975, Ac. 7.581, Rel. juiz Exedito Lobato Fernandez; TRT/AP/334/91, 14ª JCY de Belo Horizonte - MG. Entendendo que não há necessidade de depósito: Rev. TRT 3ª Região, 21/3, TRT, 2ª JCY Capital, 1ª Turma, 2.451/69, Rel. juiz Paulo Fleury; Rev. TRT 3ª Região, 21/100, TRT, 1.205/70, 6ª JCY Capital, AP, 1ª Turma, Rel. juiz Paulo Fleury; Ver LTr 35/777, TRT 2ª Região, 644/71, Rel. juiz Roberto M. Martins; TRT 2ª Região, Proc. 7.100/73, Ac. 8.642/73, DJESP 30.1.74, Rel. Wilson de S. C. Batalha.
- 31 *Op. cit.*, p. 126
- 32 *Apud* Ísis de Almeida. Manual de direito processual do trabalho. 10 ed. São Paulo: LTr, 2002. , p. 339
- 33 *Op. cit.*, p. 18
- 34 *Op. cit.*, p. 926
- 35 *Op. cit.*, p. 1424
- 36 ALMEIDA, Ísis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2002., p. 338
- 37 Rev. do TRT da 3ª Região, 26/285, TRT, 1ª Turma, AI 318/75, *apud* Ísis de Almeida, p. 338
- 38 *Op. cit.*, p. 16
- 39 ALMEIDA, Ísis de. *Op. cit.*, p. 626
- 40 BEBBER, Júlio César. *Op. cit.*, p. 126
- 41 PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. **Enunciados do TST comentados**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2002., p. 152
- 42 *Op. cit.*, p. 927
- 43 AI 90/2003, Proc. 01530-2002-008-03-40, TRT 3ª Região, 3ª Turma, DJMG 29/03/2003, Rel. Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães; AIRR 713-2000-024-15-40, TST, 5ª Turma, DJ 09-05-2003, Rel. Min. Rider Nogueira de Brito; RO 1.580/75, TRT 3ª Região.
- 44 Correspondentes à seguinte operação matemática: R\$ 10.000,00 (valor da condenação) - R\$ 4.678.13 (depósito efetuado) = R\$ 5.321.87 (diferença a complementar)

- 45 Resultantes da seguinte conta: R\$ 15.000,00 (valor da condenação) - R\$ 4.678,13 (depósito efetuado) = R\$ 10.321,87 (diferença a complementar)
- 46 MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. *Op. cit.*, p. 649
- 47 *Op. cit.*, p. 413
- 48 *Op. cit.*, p. 10
- 49 Resultado da seguinte operação: R\$ 10.000,00 (valor da condenação) - R\$ 4.678,13 (depósito efetuado) = R\$ 5.321,87 (diferença a ser complementada)
- 50 *Op. cit.*, 142
- 51 *Op. cit.*, p. 927
- 52 CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.761
- 53 RR 707448/2000.7, Rel. juiz convocado João Carlos Ribeiro de Souza, no qual foi admitido recurso cuja diferença do depósito correspondia a R\$ 0,01.
- 54 *Op. cit.*, p. 624
- 55 *Op. cit.*, p. 336
- 56 *Op. cit.*, p. 410
- 57 *Op. cit.*, p. 625
- 58 RO n. 01458.011/97-6, TRT 4º Região, 2ª Turma, Rel. Ione Salin Gonçalves, 24/10/2000; RO n. 01275.030/97-1, TRT 4º Região, 4ª Turma, Rel. Flávio Portinho Sirangelo, 28/06/2000; RO n. 03549/2002, TRT 10º Região, 3ª Turma, Rel. Douglas Alencar Rodrigues, 30/10/2002; RO n. 012344/1991, TRT 15º Região, 4ª Turma, Rel. Antônio Mazzuca; RO n. 01110.1999.005.19.00.0, TRT 19º Região, Pleno, Rel. José Abílio, DOE/AL 12/04/2000.
- 59 TST-RR 147.956/94.9. Ac. 4ª Turma n. 3810/97. Rel. Leonaldo Silva. DJ 27/06/1997, p. 30743; RO 09707/2000, TRT 13ª Região, 2ª Turma, Rel. Telmo Joaquim Nunes, DJ/SC 24/07/2001, p. 105; (cópia sem autenticação); TST-RR 235262/95.7. Ac. 3ª Turma n. 7101/97. Rel. José Zito Calasas Rodrigues. DJ 31/10/1997, p. 55929 (cópia com autenticação)
- 60 ALMEIDA, Ísis de. p. 340.
- 61 *Op. cit.*, p. 928
- 62 RR 309087/1996, TST, 2ª Turma, Rel. Min. Valdir Righetto, DJ 22/10/1999; RR 486753/1998, TST, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen; RR 392099/1997, TST, 1ª Turma, Rel. Juíza convocada Maria de Assis Calsing.
- 63 MALTA, Cristovão Piragibe Tostes. Prática do Processo Trabalhista, p. 626; BEBER, Julio César. Recursos no Processo do Trabalho, p. 127; BARROS, Alice Monteiro de. Compêndio de Direito Processual do Trabalho, p.485.
- 64 ROCHA, Osiris. *Op. cit.* p. 67
- 65 MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários à CLT; ALMEIDA, Ísis de. Manual de Direito Processual do Trabalho, p. 337
- 66 MOREIRA, Álvaro Luiz Carvalho. *Op. cit.*
- 67 MAGANO, Octavio Bueno. Depósitos recursais, LTr 57-02/191; SAAD, Eduardo Gabriel. Curso de direito do trabalho, p. 505; PINTO, José Augusto Rodrigues. Os novos enigmas do depósito recursal trabalhista, LTr 57-02/146; MALHADAS, Júlio Assunção. Depósito para recurso na Justiça do Trabalho, LTr 57-02/163; MACIEL, José Alberto Couto. LTr 57-02/192
- 68 Processo do trabalho, p. 285
- 69 A Lei nº 8.542/92 e o depósito recursal. LTr 57-02/183

70 *Op. cit.*, p. 924

71 *Apud* Arion Sayão Romita, *Processo do trabalho*, p. 277

72 *Processo do trabalho*, p. 285

Referências

ALMEIDA, Ísis de. **Manual de direito processual do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de (coord.). **Compêndio de direito processual do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2001.

BEBBER, Júlio César. **Recursos no processo do trabalho: teoria geral dos recursos**. São Paulo: LTr, 1999.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Carlos Torreão Coqueijo. **Direito processual do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense 1995.

GIGLIO, Wagner D. **Direito processual do trabalho**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MACIEL, José Alberto Couto. **Da inconstitucionalidade do depósito exigido pelo art. 899 da CLT**. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 57-02/192, 1993.

MAGANO, Octávio Bueno. **Depósitos recursais**. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 57-02/191, 1993.

MALHADAS, Júlio Assumpção. **Depósito para recurso na justiça do trabalho. Inconstitucionalidade? Injustiça?**. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 57-02/163, 1993.

MALTA, Chistovão Piragibe Tostes. **Depósitos para recursos**. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 57-02/173, 1993.

_____. **Prática do processo trabalhista**. 32 ed. São Paulo: LTr, 2004.

MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima et al. **Instituições de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002, v. 2.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A Lei 8.542/92 e o depósito recursal**. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 57-02/182, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Álvaro Luiz Carvalho. **O depósito recursal no âmbito do processo do trabalho**. Disponível em: <<http://ematrarj.com.br/revista/revista2/art5.html>> acesso em: 02-07-2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Natureza jurídica do depósito recursal**. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 57-02/152, 1993.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Os novos enigmas do depósito recursal trabalhista**. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, 57-02/146, 1993.

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. **Enunciados do TST comentados**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2002.

ROCHA, Osiris. **Teoria e prática dos recursos trabalhistas**. 4 ed. São Paulo: LTr, 1996.

SAAD, Eduardo Gabrial. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 2000.

_____. **Direito processual do trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Antônio Álvares da. **Depósito recursal e processo do trabalho**. 2 ed. Brasília: Centro de Assessoria Trabalhista, 1991.

Arbitragem e FGTS, como um direito indisponível: uma perspectiva face ao Direito do Trabalho e à Constituição Federal de 1988

Bárbara Bianca Sena

*Advogada da Caixa em Brasília
Especialista em Direito pela Fundação Escola
Superior do Ministério Público do Distrito Federal e
Territórios - FESMPDFT*

Marcos Ulhoa Dani

*Advogado da Caixa em Brasília
Especialista em Direito do Trabalho*

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo analisar o instituto da arbitragem e sua aplicação no direito do trabalho, especialmente quanto à possibilidade ou não de utilizá-lo para solucionar conflitos que envolvam o FGTS, analisando-se os requisitos exigidos pela Lei de Arbitragem em uma perspectiva Constitucional, a fim de verificar a disponibilidade ou não desses direitos constitucionalmente previstos.

Palavras-chaves: Constituição. Arbitragem. FGTS. Trabalho.

1 Introdução

Nas suas origens, o Direito se mesclava com manifestações metafísicas, reveladas pelos religiosos, não possuindo o Estado o monopólio da jurisdição. Ao próprio indivíduo era franqueado a sua defesa, onde o titular do direito subjetivo galgava esforços para adimplir os seus intuitos.

Com a evolução do melhor Direito, até pela própria repugnância que o homem passou a externar a partir de determinado momento da história no que se refere à solução privada dos litígios, o Estado reservou para si a competência para dirimir os conflitos sociais. No ordenamento jurídico pátrio, reputa-se crime "fazer justiça com as próprias mãos" (CP, art. 345). Foi franqueado ao Estado, no exercício de dizer o que é o direito (Jurisdição), o poder para dirimir os conflitos entre os indivíduos. Baseado neste poder heterônomo, o Estado e a sociedade moderna se pautam.

Certo é que, todavia, há casos em que o próprio Direito permite a utilização da própria força, da autotutela. A guisa de exemplo, pode-se citar: o direito de retenção (CC, arts. 319, 491, 495, 571, 578, 644, 681, 1.219, 1.423, 1.433,II, etc); o "desforço imediato" (CC, art. 1.210, § 1º); o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes (CC, art. 1.283); a legítima defesa e estado de necessidade (CP, arts. 24 e 25; CC, art. 188); a auto-executoriedade do ato administrativo; a prisão em flagrante (CPP, art. 301). Tem-se, ainda, a execução extrajudicial, a que se refere o Decreto-Lei 70/66¹, assim como a decorrente de débito garantido com a alienação fiduciária, etc.²

Os exemplos retratados refletem exceções previstas na própria lei heterônoma do Estado. Exatamente por esta característica - a heteronomia, é que tal poder é culturalmente aceito e praticado. A regra, como resultou da própria evolução do convívio social humano, é a de que os conflitos não de ser solucionados pelo Poder Judiciário, pelo Estado, em última instância.

Contudo, a própria lei estatal estabelece, em rol taxativo, os meios de composição extra-estatal, isto é, os meios substitutivos da jurisdição (autocomposição). São eles a conciliação (que ganhou especial impulso com a Lei 9.099/95, além do próprio CPC, art. 331, com redação dada pela Lei 8.952/94, e da CLT, em seus artigos 846 e 850), a transação (já prevista, há muito, no antigo CC/16, arts. 1.025 a 1.036 e, atualmente inserida nos arts. 840 a 850 do CC/02), as Comissões de Conciliação Prévia (Lei 9.958/00) e a arbitragem (recentemente revigorada em nosso sistema pela Lei 9.307/96).

Aliás, conforme bem abordado por Alexandre Freitas Câmara, seguindo-se a uma preocupação do processualista de se propor meios hábeis a garantir uma prestação jurisdicional das posições jurídicas de vantagens que busca, especialmente no Judiciário, tivemos a reforma do judiciário, o desaparecimento de juízes classistas, a deformalização de controvérsias (tendendo-se à informalidade nos procedimentos em juízo, a exemplo do procedimento sumaríssimo, das causas submetidas aos Juizados Especiais Cíveis, e do princípio da instrumentalidade das formas previsto nos arts. 154 e 244 do CPC). Nessa senda, ressalta "o novo enfoque do acesso à justiça", valorizando-se os "meios paraestatais de solução de conflitos", que seriam "sucedâneos da jurisdição", tais como "a arbitragem, a mediação, a conciliação", tudo com vistas a assegurar o amplo acesso à ordem jurídica justa³.

O presente artigo, em uma modesta tentativa de analisar vários aspectos de um só tema, mas sem a pretensão de esgotá-lo, cingir-se-á à análise da arbitragem, analisando-a como meio de solução da lide trabalhista, em especial quando a questão refere-se ao FGTS.

No Brasil, o instituto da arbitragem encontra-se regrada pela Lei 9.307/96, que estabelece em seu artigo 1º:

“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (grifamos).”

Assim, pretende-se analisar a possibilidade de utilização da arbitragem, como meio alternativo de solução de controvérsias, para dirimir conflitos de natureza trabalhista, especialmente quando, em função do resultado da lide instaurada, tenha-se como consequência a possibilidade de saque do FGTS.

Entendemos que a verificação acerca dessa possibilidade depende, em primeiro plano, da análise da disponibilidade ou não do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Devemos estabelecer se estamos tratando de direito inalienável/indisponível, porque, em caso afirmativo, conforme disposição expressa de lei, a arbitragem não poderá ser utilizada.

2 Aspectos da Lei de Arbitragem e os pressupostos para a sua aplicação

Além do supracitado dispositivo, também o §1º do art. 2º do mesmo diploma determina que as normas de ordem pública não podem ser excluídas quando da instauração de juízo arbitral⁴. Vejamos:

“Art. 2º ...

§1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

A matéria já causava preocupação ao legislador desde a sua exegese. Pretendia-se excluir o cabimento da arbitragem em matéria de direitos indisponíveis. Com fins a evitar conflitos de competência sobre uma eventual questão prejudicial de mérito, dispôs a Lei da Arbitragem:

“Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.”

Ou seja, no caso de dúvida, a arbitragem somente poderá ter seguimento se, no âmbito do Judiciário⁵, restar decidido que a questão não versa sobre direitos indisponíveis, porque, caso contrário, restará prejudicado o procedimento arbitral, não sendo possível a prevalência da cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, ainda que em detrimento da própria liberdade de contratar decorrente da autonomia privada garantida pela ordem jurídica. Frise-se, inclusive, que em sede arbitral, esta liberdade de contratar alcança, ainda, a possibilidade de se estabelecer o direito a ser aplicado ao procedimento, podendo-se, também, afastar a aplicação do direito em favor da equidade (art. 2º, Lei 9.307/96).

Assim, em face da indisponibilidade do bem jurídico envolvido, da segurança jurídica e da manutenção da ordem pública, não se terá a faculdade de indicar a arbitragem para a solução de controvérsia, de modo que eventuais cláusulas contratuais nesse sentido serão nulas de pleno direito. Resta às partes, nesses casos, o pleno acesso ao Judiciário, garantido, principalmente, pelo texto da Carta Política.

Pois bem, por trás da questão que pretendemos enfrentar, está a polêmica acerca da possibilidade de utilização da arbitragem como meio de solução dos litígios trabalhistas *individuais*, que será o nosso ponto de partida.

No entanto, cumpre-nos, a priori, destacar algumas considerações. Primeiramente, observamos que não estamos, aqui, pretendendo analisar a constitucionalidade ou não da Lei de Arbitragem, embora alguns autores neguem, por absoluto, a constitucionalidade da via arbitral, nos moldes em que figurada pela Lei 9.307/96, fundamentando-se na garantia constitucional de pleno acesso à justiça. Partimos da premissa de que a Lei é constitucional, como já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Sentença Estrangeira Contestada 5206-7⁶.

Ademais, temos que os direitos dos trabalhadores, antes de direitos trabalhistas propriamente ditos, são, sobretudo, *direitos sociais*, integrantes da categoria *direitos fundamentais* de segunda geração, isto é, direitos - no ordenamento jurídico brasileiro - já constitucionalizados. Antes de regrados pelo Direito do Trabalho estão dispostos na Constituição e, segundo abalizada doutrina⁷, protegidos pela *cláusula de proibição de retrocesso*. Percebe-se que os direitos fundamentais, até por sua posição geográfica no texto constitucional, têm uma importância ímpar, oriunda de uma ordem principiológica pré-positivada. Assim, também, devemos entender o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. (Artigo 7º, III da CF/88).

Partindo dessa premissa, entendemos que os direitos fundamentais, por sua própria natureza, são - via de regra - indisponíveis⁸. É certo que, em alguns casos, tem-se relativizado essa indisponibilidade de direitos fundamentais em face da autonomia privada, que erige a liberdade de contratar. Não obstante, temos que considerar que a autonomia privada deve prevalecer onde existe igualdade entre as partes, sobretudo de natureza econô-

mica, isto é, nenhuma delas poderá afigurar-se como hipossuficiente na relação jurídica. Ademais, esta limitação *voluntária* dos direitos fundamentais deve estar isenta de vícios e sujeita à revogação a qualquer tempo, além de sempre obedecer a um padrão de razoabilidade em relação ao fim a que se pretende com a renúncia⁹. Nessa senda, desejamos lembrar questões básicas da nossa estrutura social, que, desde os seus primórdios, é caracterizada, de modo peremptório, pela sua desigualdade sócio-econômica. A existência de uma parte hipossuficiente é de alta relevância para a análise do tema proposto e de seus desdobramentos.

Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias ressaltam que, muitas vezes, na defesa de certos interesses econômicos, o "legislador ofende excessivamente ao princípio da justiça", restringindo direitos fundamentais, diante da tensão entre estes e a autonomia privada. Nesses casos, quando a ponderação do legislador privilegia questões patrimoniais em detrimento da personalidade, ele segue na contramão do sistema constitucional que ilumina todos os demais sistemas de direito¹⁰. Os autores observam que, por trás do discurso da noção de efetividade do ordenamento jurídico, "como se vê na Lei de Arbitragem", estar-se-ia a camuflar "o discurso do império do mercado, no qual o poder de aplicação do direito é privatizado e globalizado, afastando-se do Estado a própria capacidade de regular o sistema normativo"¹¹.

Temos que o legislador, ao editar a Lei de Arbitragem, atento à Constituição Democrática, recebeu esses raios de luz e expressamente ressalvou desta seara as controvérsias que tiverem como pano de fundo questões que envolvem direitos indisponíveis. Apenas excluindo a possibilidade da aplicação do instituto às matérias que versem sobre direitos indisponíveis poderíamos afastar o argumento da prevalência da hegemonia econômica.

Assim, antecipamos o entendimento de que, se em eventual conflito que se pretenda resolver em juízo arbitral, surgir a dúvida sobre a relativização de direito fundamental indisponível, cumpre, *a priori*, nos termos do art. 25 da Lei, suscitar o juízo prévio do judiciário, porque somente quando houver a possibilidade de disposição do direito poderá haver a instauração válida de procedimento arbitral.

Até porque a sentença arbitral pode levar à coisa julgada material, de modo que, solucionado o conflito através do árbitro, não cabe a impugnação do mérito da sentença arbitral. Assim sendo, o recurso ao Judiciário só caberia nos casos de nulidade da sentença arbitral. Como consequência prática, temos que eventual nulidade da sentença arbitral¹²., quando proferida sobre questões de natureza trabalhista, poderia ensejar consequências desastrosas¹³. Diz a Lei 9.307/96:

"Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei."

3 A arbitragem em matéria trabalhista

Talvez em razão da forma como se poderiam afetar os direitos individuais fundamentais dos trabalhadores, alguns autores, especificamente em matéria trabalhista, apegando-se ao texto constitucional (art. 114), vêm como possível a arbitragem tão somente nas lides de caráter coletivo. Mesmo com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, que reformou o supracitado artigo, no que tange à arbitragem, o normativo ficou incólume.

Outros, ainda, investidos numa linha mais liberal, entendem pelo cabimento da arbitragem inclusive nas lides individuais trabalhistas, fundamentando-se na flexibilização dos direitos trabalhistas no plano individual, incentivada pelos projetos de autoria do Executivo Federal, de reestruturação da legislação laboral¹⁴.

Aqueles que defendem a referida tese argumentam, dentre outras coisas, que, após a extinção do contrato de trabalho, não haveria razão para se manter a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, já que não mais subsistiria eventual temor acerca de imposições do empregador sobre o trabalhador em troca da preservação do contrato de trabalho. Mesmo esses autores são capazes de atentar sobre o conceito de direitos disponíveis, representados pela possibilidade material e jurídica de o titular deles dispor, alienar, transacionar¹⁵.

Certo é que, conforme expomos, poucos não são os entendimentos de que os direitos indicados na Constituição Federal vigente (art. 7º) são indisponíveis, sendo, por conseguinte, não passíveis de renúncia, *ex vi* do direito ao salário mínimo, ao FGTS, às férias, 13º, dentre outros¹⁶. Ora, entendemos que os direitos são disponíveis ou não. Uma vez caracterizados como indisponíveis, não deixarão de sê-los por razão alguma (cláusula de proibição de retrocesso), ainda que, eventualmente, venham a ser objeto de conciliação em sede de jurisdição estatal.

Além de ser considerado direito indisponível (sendo irrelevante aqui a discussão acerca da sua natureza, se pública ou privada), é de se ressaltar que os direitos sociais gozam de especial proteção do Estado, pois, ainda que nem sempre possuam eficácia imediata, são dotados de *grau mínimo de efetividade material*, ou seja, demandam do Estado prestações, sobretudo positivas, ainda que de natureza política, e, por conta dessa natureza - que os insere em certo grau de discricionariedade do legislador - conferem aos indivíduos, ao menos, o *direito de defesa*, quer dizer, ao menos a garantia de que "servem de parâmetro de controle de constitucionalidade de medidas restritivas desses direitos e revogam normas anteriores incompatíveis com os programas de ação que consagram. Servem, ainda, como modelo interpretativo das demais normas do ordenamento jurídico, que com elas hão de encontrar conciliação sistemática"¹⁷.

Não causa estranheza, portanto, o seu arrolamento, em título próprio, na Constituição Federal, no âmbito do corpo "Dos Princípios Fundamentais" e "Dos Direitos e Garantias Fundamentais".

"Título I - Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º. A República Federativa do Brasil ... tem como fundamentos:

...

IV - os valores sociais do trabalho

Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais

Capítulo II - Dos Direitos Sociais

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores (...)"

Nesse contexto, entendemos que a Lei de Arbitragem, embora já tenha sido declarada constitucional pela Corte Suprema, deve ser interpretada sistematicamente, conforme a Constituição, sem redução de texto, isto é, dentro de uma análise teleológica, deve ser verificada a sua aplicabilidade ou não quando a controvérsia for de natureza trabalhista, especialmente quando envolver o FGTS. Acreditamos que a lei de arbitragem tem por fito possibilitar à sociedade o acesso a meio alternativo de solução de controvérsia, fugindo à, muitas vezes, lenta desenvoltura do Judiciário na pacificação social. Não obstante, a arbitragem deve ser utilizada quando, claramente, as partes litigantes estiverem em

situação de igualdade. Esta isonomia, nem sempre poderá ser verificada de pronto, quando a controvérsia surgir entre empregado e empregador, entre empresa e indivíduo. Entendemos que, nesses casos, será grande a possibilidade de a controvérsia atingir direitos indisponíveis. Nesta senda, a utilização da arbitragem, no que concerne aos direitos trabalhistas, pode dar azo a, ainda, mais sérias controvérsias. O próprio artigo 9º da CLT prevê, em seus termos, que os atos que têm intuito de desvirtuar, impedir ou fraudar direitos trabalhistas são nulos de pleno direito.

A indisponibilidade dos direitos, como a própria nomenclatura sugere, "não admite que seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente"¹⁸. Assim, tem-se como consequência prática que "a preterição de um direito fundamental (como é o caso dos direitos sociais) não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir"¹⁹.

A respeito do tema, recentemente se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

"Recurso Extraordinário 234.186/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence
EMENTA (...). Aos acordos e convenções coletivos de trabalho, assim com às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, que nem à lei se permite²⁰."

É evidente que a própria Constituição contempla a possibilidade de disponibilidade de alguns direitos trabalhistas, tal como a fixação do salário, da jornada de trabalho, ambos flexíveis mediante acordo ou convenção coletiva. Diz-nos a Carta Magna:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

...

VI - irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

...

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva."

Como decorrência, tem-se, hoje, muito debatido a questão a respeito da arbitragem ser ou não um procedimento hábil para a solução de lides individuais trabalhistas.

Viu-se que o direito material trabalhista constitui, como regra, direito indisponível, porque se afigura como consagração de uma das espécies de direitos sociais, categoria de direito fundamental. É norma de direito privado, mas de ordem pública. Daí surgem os princípios consagrados no Direito do Trabalho, a exemplo do princípio da proteção ao trabalhador, princípio da irrenunciabilidade, princípio da imperatividade das normas jurídicas, etc. Aliado a isso, reside o fato de que tais princípios só poderiam ser excepcionados por negociação coletiva, como prevê a própria Carta Magna.

É certo que a Carta da República não desprivilegiou a arbitragem como meio de solução das lides trabalhistas, mas, por questões de ordem pública, limitou o seu campo de atuação²¹. Vejamos:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

(...)

§1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§2º. Recusando-se qualquer das partes a negociação ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.”

Como visto, a CF/88 só admite a arbitragem do Direito do Trabalho nas questões coletivas. O texto da lei não dá margens a outras interpretações. Mas, poder-se-ia interpretar a Constituição extensivamente, para que a arbitragem pudesse abarcar os litígios individuais trabalhistas?

Não podemos chegar a conclusão tão apressada. Isto porque a Carta da República, na distribuição da jurisdição trabalhista, referiu-se à arbitragem como meio de solução das lides coletivas. A lide individual trabalhista não foi diretamente tratada pelo legislador constitucional. Ora, se o constituinte teve o cuidado de explicitar a lide coletiva, não cabe a interpretação extensiva, para fazer possível a arbitragem nos litígios individuais. Lembra-se o conhecido brocardo jurídico: não cabe ao intérprete criar exceções onde a lei não fez.

Se a CF/88 quisesse vislumbrar a arbitragem nas lides individuais trabalhistas, tê-lo-ia feito expressamente, assim como o fez em relação às coletivas. Caso contrário, nenhuma serventia teria a ressalva constitucional, relativamente aos conflitos coletivos. E não se pode admitir que

a lei contenha palavras inúteis, despropositadas, sobretudo a lei constitucional.²²

Como não há texto legal proibindo a arbitragem para os litígios individuais, os intérpretes vêm apregoando pela sua possibilidade, em que pese os argumentos ora apresentados. Ademais, como será melhor explorado no transcorrer desta explanação, há uma nova forma de composição de conflitos em sede trabalhista que muito se assemelha à arbitragem, as Comissões de Conciliação Prévia (CCP's). Neste ponto, questiona-se: o legislador, analisando-se o tema teleologicamente, pretendia a utilização da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas, sendo que criou instituto bem próximo, porém fundado em bases mais aceitáveis para os padrões trabalhistas?

No direito comparado, o cabimento da arbitragem na solução da lide trabalhista individual não é unísono; pelo contrário, por demais divergente. Na Espanha, a Ley de Arbitraje (Lei 36, de 5 de dezembro de 1988) determina:

"Art. 2º:

1. ...

2. Ficam excluídos do âmbito de aplicação da presente lei as arbitragens trabalhistas."

Já na Colômbia, a regra é inversa, permitindo-se ampla utilização da arbitragem no Direito do Trabalho, seja individual, seja coletivo. É o que dispõe o Decreto 1.818, de 1998, que versa sobre a Arbitragem.

Na Itália, a sistemática é semelhante à brasileira, permitindo-se a arbitragem somente do Direito Coletivo do Trabalho. Com efeito, o ordenamento italiano não simpatiza com a arbitragem no direito individual, reconhecendo-a somente quando haja previsão expressa em acordo coletivo de trabalho, e, ainda assim, determinando a recorribilidade à justiça estatal, por não emprestar ao laudo arbitral o efeito da coisa julgada.²³

Pelo descabimento da arbitragem nos litígios individuais do trabalho, o TRT da 5ª Região julgou o Recurso Ordinário 61.01.99.1534-50, conforme in verbis:

"Arbitragem. Conflitos trabalhistas. É inadmissível a instituição da arbitragem para dirimir questões trabalhistas, salvo aquelas gizadas em conflitos coletivos."

Ademais, investindo-se no historicismo da vedação da arbitragem como meio de solução de direitos indisponíveis, vamos nos deparar com sutil alteração da sistemática brasileira.

É que, como visto, o art. 1º da Lei 9.307/96 veda, indiscutivelmente, a arbitragem em meios de direitos indisponíveis. Não foi à toa o empre-

go da expressão "indisponível". Veja-se que era o art. 1.072 do Código de Processo Civil que contemplava a arbitragem antes da Lei 9.307/96. Eis a sua redação, hoje revogada:

" Art. 1.072. As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação."

A Lei 9.037/96, regulando a arbitragem, revogou esse dispositivo expressamente e, passou a autorizá-la nos seguintes termos:

"Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (destacamos)"²⁴ "

A lei falava em "direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação". Hoje, diferentemente, fala em "direitos indisponíveis". A alteração marca profunda transformação no que se refere ao instituto em comento. Assim, como adverte Carmona, pela nova Lei, "a remissão à disponibilidade do direito é objetiva e não oblíqua"²⁵, ou seja, não basta poder transigir, o direito deve poder ser exercido pelo titular "sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência"²⁶. Não podemos olvidar, como bem observa Carreira Alvim, que "o poder de transigir das partes é, por vezes, mais amplo em sede jurisdicional estatal do que na arbitral, porquanto, naquela, mesmo o direito não patrimonial pode comportar transação, se não *an debeatur*, pelo menos *quantum debeatur*"²⁷.

Esta posição é corroborada, por via oblíqua, pelos dizeres do próprio Américo Plá Rodrigues, no seu "*Princípios de Direito do Trabalho*". Senão, vejamos: "*A transação, (...), se refere sempre a duas prestações opostas (uma do empregador, outra do empregado) que se reduzem por mútuo acordo a uma só, por cessão mútua, donde se deduz a existência, quanto a tais prestações, respectivamente de direitos incertos ou direitos que se chocam, o que pressupõe litígio. A res dúbia - elemento essencial da transação - deve ser entendida em um sentido subjetivo, isto é, dúvida razoável sobre a situação jurídica objeto do supracitado acordo*"²⁸. (negritamos)

Isso porque há direitos indisponíveis sobre os quais a lei admite a transação, mas sempre pela via judicial, ou seja, exige-se, ao menos, a homologação do Poder Judiciário. Um exemplo típico é o próprio direito trabalhista. Com efeito, não se nega a sua indisponibilidade (de re-

gra), em que pese poder ser objeto de transação (desde que constituída a *res dubia*, como será explicitado adiante), sob a chancela judicial, fazendo, inclusive, coisa julgada material, obstando nova discussão em juízo, salvo, unicamente, sob os autorizativos da ação rescisória ou da *querela nullitatis*. Neste ponto, lembramos a ilustre autora e juíza do TRT da 3ª Região, Alice Monteiro de Barros que aduz: "(...) *queremos dizer que não somos contra a composição dos litígios extrajudicialmente, mas repudiamos a idéia segundo a qual, sob o pretexto de desafogar o judiciário, sacrifiquemos garantias mínimas asseguradas ao trabalhador em preceito constitucional*"²⁹.

Frise-se que os Juízes em geral designam uma audiência nominada de "audiência de conciliação", buscando o acordo entre as partes, e a própria CLT tacha de nulo o processo onde não fora proposta a conciliação (artigo 846).

Todavia, hoje, não mais diz a lei "direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação", donde poderia se admitir a arbitragem no direito trabalhista; mas sim em "direitos indisponíveis", nos quais se inserem os direitos laborais.

Octávio Bueno Magano, antes mesmo da edição da Lei 9.307/96, na época em que ainda vigia o art. 1.072, já defendia a edição de ato legislativo como meio de desimpedir-se a arbitragem trabalhista. De certa forma, defendia a liberal tese do cabimento da arbitragem no direito individual do trabalho, mas, por via reflexa, há que se concluir que o autor entendia não caber a arbitragem trabalhista nos moldes da legislação então em vigor³⁰.

Acentue-se que, hoje, a legislação aplicável - Lei 9.307/96 - é mais rigorosa, como dito, não havendo norma legal expressa que autoriza a arbitragem trabalhista nos litígios individuais, ao contrário, proibindo-a.

Situação semelhante dá-se com o direito a alimentos. Com efeito, é direito indisponível, assim como o é a maioria dos direitos concernentes à família. Porém, mesmo sendo indisponível, é passível de transação, assim como de conciliação, mas, sempre sob a chancela judicial. O que não pode haver, entretanto, é a sua renúncia, já que indisponível. Nunca é demais lembrar que verbas trabalhistas implicam em uma natureza alimentar.

Outro exemplo que nos cabe citar é relativamente ao Direito Penal. É indisponível por natureza, mas, mesmo assim, admite a transação, nos moldes da Lei 9.099/95.

Há muitos casos, como se percebe, em que, apesar de indisponível, o direito é "transacionável", todavia, como explanado, tal possibilidade encontra um campo restrito de aplicação.

Não obstante, o art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - aquece mais ainda o debate, ao preconizar:

"Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes in-

teressadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões da autoridade competente."

Este mesmo dispositivo é também alvo de controvérsias, no que tange à sua interpretação, tendo-se em conta a Lei de Arbitragem. Serve de argumentação tanto para aqueles que defendem a arbitragem, como para aqueles que a repudiam.

Frise-se, aqui, o já citado art. 114 da Constituição Federal que, ao permitir a arbitragem somente das lides trabalhistas de caráter coletivo, indubitavelmente demonstra proteção ao direito individual do trabalho.

Nesse sentido, transcrevemos trecho de acórdão proferido pela 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, no julgamento do RO nº 01908-2000-021-05-00-2³¹:

"Nada justifica que transações havidas no curso do liame de emprego, onde se vislumbra manifesta renúncia antecipada dos direitos individuais do empregado, sejam encaminhadas a conselhos de arbitragem. Tal procedimento deve ser interpretado como uma maneira imposta pelo empregador, detentor do capital, ao empregado, a ele subordinado juridicamente, para burlar os seus direitos trabalhistas.

Importa salientar que nestas situações, em se tratando de renúncia de direitos laborais, dada a condição de fragilidade do trabalhador, a doutrina tem entendido presumir-se absoluta coação econômica, especialmente quando condicionada sua permanência no emprego em razão da realização do procedimento arbitral. Em casos tais, é manifesta a vulnerabilidade do hipossuficiente em aceitar qualquer proposta, porquanto põe o empregado no contexto de optar entre a celebração da avença ou ser despedido, concordando, inclusive, em abdicar direitos indisponíveis e irrenunciáveis, oriundos de normas cogentes ferindo, por conseguinte, os princípios insculpidos nos arts. 9º, 444 e 468 da Consolidação Trabalhista.

Não se pode, portanto, atribuir às transações extrajudiciais celebradas nestas condições, a validade pretendida pela empresa-ré, devendo ser consideradas nulas, posto que enquadradas, como já

dito, na hipótese prevista no art. 9º Consolidado. Veja, a propósito, o que leciona o grande mestre Délio Maranhão, com o brilhantismo que lhe é peculiar, em seu livro Direito do Trabalho, 16ª edição, in verbis:

"É através dos recibos 'plena e geral quitação' que essa coação, frequentemente se manifesta: o empregado dá quitação sem ter recebido o que a lei garante. Mas, se o que era devido não foi pago, tal quitação não pode prevalecer."

"Diz-se-á, que no direito civil, a quitação pode ser dada em caráter irrevogável. Aí, sim, entra o Direito do Trabalho. Não é possível admitir quitação irrevogável em relação a direitos do empregado, irrenunciáveis ou de disponibilidade relativa, diante do que dispõe o art. 9º da Consolidação, porque tal importaria 'impedir a aplicação' das normas imperativas de proteção do trabalhador."

E conclui o festejado autor:

"...art. 9º da Consolidação fulmina, assim, de nulidade os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos."

4 A arbitragem na solução de controvérsias relativas ao FGTS

O tema, controverso, foge aos limites do Direito do Trabalho, gerando reflexos no direito público. Nesta senda, analisamos os problemas relativos ao FGTS do trabalhador que teve a sua lide resolvida por árbitros, e não pelo Judiciário.

Como se sabe, o FGTS, além de seu caráter público, também possui a sua face trabalhista, uma vez que detém traços inconfundíveis, próprios dos direitos laborais. É um Fundo de caráter público, gerido pela União Federal e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal. É por seu caráter eminentemente público que a Lei 8.036/90 prevê que as deliberações normativas relativas ao FGTS são de competência de um Conselho Curador. Ademais, pelo artigo 7º, III, da Constituição Federal, estamos lidando com direito social, e, por assim dizer, indisponível, recebendo, inclusive, a garantia de cláusula de eternidade nos termos da Constituição (art. 60, § 4º, IV). Tal posicionamento (no sentido de colocar os direitos sociais como cláusula pétrea) já foi corroborado pelo Supremo Tribunal na ADIn nº 939-07/DF. Conforme frisa Alexandre de Moraes, *"Importante, também, ressaltar, que na citada ADIn nº 939-07/DF, o Ministro Carlos Velloso referiu-se aos direitos e garantias sociais,(...) como per-*

tencentas à categoria de direitos e garantias individuais, logo, imodificáveis, enquanto o Ministro Marco Aurélio afirmou a relação de continência dos direitos sociais dentre os direitos individuais previstos no art. 60, § 4º, da Constituição Federal".³²

A lei federal regulamentadora (Lei 8.036/90), ao prever as estritas hipóteses de movimentação do FGTS, reflete disposição legal de direito público.

É por ter natureza de direito público o FGTS que o STJ entende caber os julgamentos relativos àquele Fundo à 1ª Seção (Seção de Direito Público), que, por disposição expressa do Regimento Interno daquele Pretório, art. 9º, XI, tem competência para apreciar as matérias de direito público. Neste tocante, cabe citar os precedentes: CC 2.538/CE; CC 21.237/MG.

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FGTS. Direito público. - A relação jurídica entre o titular da conta vinculada do FGTS e a administração de Fundo é de direito público. - Conflito suscitado perante a eg. Corte Especial" (Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Dec. 27/05/1998)

Tratando-se de direito público, é por demais evidente que não pode ser livremente disposto pelas partes. Neste tocante, há de se seguir, estritamente, a lei. É, assim, o FGTS, um direito, por excelência, indisponível, por parte do trabalhador. Na verdade, sobre os valores desse Fundo sequer cabe conciliação, seja no que tange ao valor em si, seja no que tange à sua movimentação.³³

Para a ocorrência de saque do montante do FGTS a Lei 8.036/90 estabeleceu um rol taxativo de possibilidades³⁴. Senão, vejamos:

"Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações: I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior."

A lei não dá margens para interpretações. A interpretação do administrador público, (no caso, a CAIXA) como agente operadora do FGTS, segundo o artigo 37, *caput*, da Carta da República, deve obedecer ao princípio da legalidade. Ao administrador público somente é conferido o direito vinculativo de seguir o que a lei determina. O princípio da legalidade, na Administração Pública, tem contornos distintos daqueles aferidos nas relações privadas. Assim, no campo privado, o referido princípio está regulamentado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", ou seja, o que não é proibido está permitido. Já no âmbito da Administração Pública, o princípio da legalidade

possui outro perfil. Previsto no art. 37, caput, conforme mencionamos, vincula o administrador a fazer somente o que a lei expressamente permitir.

Destarte, ao administrador não é conferido fazer o que a lei não prevê. Proceder de modo contrário significa agir contra o que prescreve os estreitos limites do princípio da legalidade, cabendo, inclusive, responsabilização administrativa, civil e, até mesmo, penal. A interpretação da lei, neste caso, só pode ser uma - a gramatical. Somente ao particular é conferida a faculdade de fazer o que a lei não proíbe³⁵.

Nesse contexto, a CAIXA, operadora do fundo e ente da Administração Pública, não possui essa faculdade, tendo que ficar adstrita ao que lhe comanda a lei. Portanto, no caso do inciso I do art. 20 da Lei 9036/90, deve ocorrer a despedida sem justa causa para que o trabalhador possa sacar seu FGTS.

Havendo dispensa do empregado sem justa causa, deve isto constar no Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho. Assim, independentemente de dirimirem-se os litígios trabalhistas em juízo, preenchido está o requisito para movimentação do FGTS.

É o que prescreve a lei, sendo dever, bem como direito da CAIXA, exigir tal comprovação documental. Na ausência da prova documental, não caberá ao órgão arbitral supri-la, pois o legislador, especialmente o constitucional, não lhe conferiu tal competência.

Neste momento, se for o caso, cabe àquele trabalhador que tem numerário fundiário procurar aqueles órgãos judiciários ou sindicais trabalhistas autorizados por lei a emitir tal pronunciamento.

Não tem o árbitro competência para declarar a "dispensa sem justa causa", já que a Constituição Federal não lhe outorgou jurisdição para solução das lides individuais trabalhistas, mas somente das coletivas. Até porque, como ressaltamos, na arbitragem, é possível afastar-se a aplicação do direito, privilegiando-se a equidade, e o árbitro não poderia deixar de aplicar e proteger os direitos sociais trabalhistas, já que - como espécie de direitos fundamentais - são normas cogentes, isto é, de observância obrigatória.

Ora, se o árbitro não tem poderes para dirimir a lide trabalhista individual, não tem, por conseguinte, poderes para decidir sobre a questão prévia prejudicial, no caso, declaração da "dispensa sem justa causa". Manifestação de órgãos arbitrais nesse sentido é nula, ou melhor, inexistente³⁶.

Assim sendo, a prova da demissão sem justa causa, necessária para o saque do FGTS, deve ser feita mediante Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho (TRCT), que deve ser homologado quando aplicável as hipóteses do art. 477, § 1º, da CLT, ou Termo de Audiência da Justiça do Trabalho³⁷.

5 A origem do procedimento no processo do Trabalho

Para melhor entendimento e consolidação do tema é necessário que analisemos a questão da Arbitragem no processo do Trabalho sob o prisma da origem do procedimento, que seria o próprio Instituto da Transação.

A Transação é um ato jurídico bilateral ou plurilateral, em virtude do qual, mediante concessões recíprocas, as partes interessadas extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas.

Arnaldo Sussekind leciona, em seu *Instituições de Direito do Trabalho*³⁸, que, para que haja Transação, é preciso que:

"(...)a) duas pessoas, pelo menos, estejam vinculadas entre si, por força da relação jurídica da qual decorrem direitos e obrigações; b) haja incerteza no pertinente a determinado ou determinados direitos ou obrigações; c) a dúvida se refira a direitos patrimoniais, isto é, direitos incorporados ao patrimônio de uma das partes do contrato; d) a controvérsia seja extinta mediante concessões recíprocas."

Ou seja, tudo gira em torno de prestações opostas das duas partes. Como ensina AMÉRICO PLÁ RODRIGUES³⁹, *elemento fundamental* da negociação em torno destas prestações refere-se ao fato de seu objeto, muito além de ser *res litigiosa*, seja *res dubia*. Neste tocante, cabe frisar que qualquer direito tido como *certo* e, por assim dizer, *indisponível*, não pode ser qualificado como *res dubia*. É que, se um dos contratantes está certo da obrigação que lhe cabe solver (mediante, como foi demonstrado, disposições legais e constitucionais), age obviamente, de má-fé, ao transacionar com a outra parte, beneficiando-se das recíprocas concessões então ajustadas. A transação extrajudicial, por via da arbitragem, nos dissídios individuais do trabalho, submete o empregado, já hipossuficiente face à sua dependência econômica frente ao empregador e à própria situação fática do país, a uma condição ainda mais gravosa.

Sem possibilidade de contar com a supervisão de um magistrado do Trabalho, como ocorre na conciliação Judicial, ou mesmo sem o apoio sindical configurado nas recém-criadas Comissões de Conciliação Prévia, o obreiro ficaria à mercê de transações sem a devida supervisão de uma autoridade preocupada e informada a respeito do que seria disponível e o que seria indisponível no Direito do Trabalho (sendo que a regra deve ser a indisponibilidade, tendo em vista a sua natureza de direito social fundamental). Alavancado, muitas vezes, por condições econômicas aflitivas, o trabalhador transaciona e faz concessões a respeito de direi-

tos que não são caracterizados pela *res dubia*, uma vez que o Direito do Trabalho agasalha, através de manto constitucional, direitos elevados ao patamar de ordem pública. Em tal situação, não é exagero tachar uma hipotética sentença arbitral como nula, ou mais além, inexistente no mundo jurídico.

A Justiça do Trabalho é um ramo *sui generis* do Direito, abraçando princípios próprios, além dos constitucionalmente consagrados. Marcada pela informalidade, oralidade e celeridade processual, a justiça Laboral tem avançado e procurado maneiras de se tornar a justiça modelo em nosso país: uma destas formas é a adoção da conciliação como "carro-chefe" de sua atuação, reforçada recentemente pelas Comissões de Conciliação Prévia Trabalhistas (CCPT), que são órgãos paritariamente formados e que vêm ganhando força jurisprudencial e doutrinária no sentido de serem passagem obrigatória, onde tiverem sido estabelecidos, antes do campo judicial, configurando-se como verdadeiro pressuposto processual. Neste ponto é interessante salientar, novamente, que as CCP's (Comissões de Conciliação Prévia) representam o procedimento mais próximo da arbitragem que existe no processo do Trabalho. Sabidamente, a Justiça Laboral se pauta pela celeridade na resolução de suas lides e na simplicidade nos seus procedimentos. Como se não bastasse, foram criadas as supracitadas Comissões que representam mais uma via para a solução de conflitos trabalhistas buscando-se, no mais das vezes, a celeridade. Certo é que, não obstante a simplicidade do meio, o legislador, em face da importância e especialidade dos direitos e das partes envolvidas, fez questão de instituir uma composição paritária desses órgãos, aonde os empregados estão representados por seus pares. É claro que fraudes são passíveis de ocorrência sempre, mas, há de se convir quê, nestes termos, este tipo de evento tem muito menos possibilidade de existir quando comparado ao procedimento adotado na via arbitral, em que um terceiro, e somente um terceiro (denominado "árbitro"), concentra em suas mãos poderes sobre direitos tão relevantes.

Apesar das já citadas vozes que, pela reforma trabalhista, planejam flexibilizar os "indisponíveis direitos trabalhistas", é necessário frisar a mais recente jurisprudência sobre o assunto. Decisão da 4ª Turma do Tribunal Regional Trabalhista de São Paulo - TRT/SP vedou a aplicação da arbitragem na justiça trabalhista, no processo de nº 00958200201602005 (20030321942), vejamos a decisão (NANCI, 2004):

"EMENTA: JUÍZO ARBITRAL. LEI Nº 9.307/96. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO DO TRABALHO. A Lei nº 9.307/96 está direcionada às relações civis e comerciais e portanto, não tem aplicação subsidiária no âmbito desta Justiça Especializada pelo portal do artigo 8º consolidado, eis que lhe falta a conditio essencial da compatibilidade com os prin-

cípios fundamentais do Direito do Trabalho. Nem a presença de um sindicato de trabalhadores por trás dessa aparente "negociação" afasta a manifesta fraude (art. 9º, CLT), até porque a entidade que se prestou a esse papel sequer detém o munus representativo dos bancários, tendo a reclamante sido reconhecida como tal, à luz da prova produzida".

A maioria dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) têm entendido que a Lei de Arbitragem não se aplica à Justiça Laboral porque as verbas trabalhistas não seriam consideradas direito patrimonial disponível (pressuposto para a aplicação da lei) e, portanto, não poderiam ser negociadas. Além disso, há o entendimento de que o trabalhador, por ser a parte mais fraca da relação de emprego, poderia ser forçado a assinar um contrato de trabalho com a cláusula arbitral.

Já no âmbito do C. TST, as discussões já começam a tomar corpo, com a chegada de alguns processos na Corte Máxima Trabalhista, além de algumas ACP (Ações Cíveis Públicas) ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho, com fincas a impedir tal prática, com base, exatamente, nos argumentos retro-apresentados.

O caso recentemente analisado pelo TST (RR - 1650/1999-003-15-00) é de um ex-vigilante, demitido sem justa causa em 1995, que entrou na Justiça para cobrar a diferença de verbas trabalhistas como horas extras e adicional noturno. A ex-empregadora afirma que a ação deveria ser extinta porque há cláusula contratual instituindo a arbitragem para a solução de qualquer litígio decorrente da relação de trabalho. De acordo com a empresa, o litígio deve ser solucionado na câmara conveniada de arbitragem, prevista no dissídio coletivo da categoria.

A primeira instância, ao julgar o processo, considerou que a demanda deve ser solucionada no Judiciário. A sentença foi confirmada pelo TRT de Campinas, que declarou ineficaz a assinatura de contrato de trabalho que contenha essa cláusula. Para o Regional, a arbitragem - como alternativa para a solução de conflitos e litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis - deve ser incentivada e estimulada, mas não pode ser aplicada aos conflitos individuais trabalhistas porque obstrui o direito de ação do empregado e afasta todo e qualquer controle por parte dos sindicatos profissionais.

O ministro Ives Gandra Martins Filho, da quarta turma do TST, afirmava ser necessário verificar se existia realmente, no caso concreto, uma norma coletiva que previa o uso do método em contratos individuais. Para ele, caso exista a previsão em norma coletiva, não haveria problema em utilizar a arbitragem. Caso contrário, porém, ele afirma que o método não poderia ser aplicado. Segundo o ministro, os direitos trabalhistas são indisponíveis individualmente, mas flexíveis coletivamente, ou seja, se existir a concordância da categoria.

Não obstante, a Turma entendeu que, naquele caso concreto, não se tratava de procedimento arbitral, mas, meramente, de uma hipótese de mediação. Porém, cumpre observar que o Tribunal demonstrou certa tendência em aceitar a utilização da arbitragem após a dissolução do contrato de trabalho. Vejamos um trecho da decisão, publicada no DJ de 30/09/2005:

"Cumpre salientar por primeiro, que o juízo arbitral - órgão contratual de jurisdição restrita consagrado em nossa legislação que tem por finalidade submeter as controvérsias a uma pronta solução, sem as solenidades e dispêndios do processo ordinário, guardada apenas a ordem lógica indispensável de fórmulas que conduzem a um julgamento escorreito de direito e de equidade - a meu ver, tem plena aplicabilidade na esfera trabalhista porque há direitos patrimoniais disponíveis no âmbito do direito do trabalho, data vênia de doutas opiniões em sentido contrário. É que, ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Um primeiro exemplo desta circunstância está na existência de normas específicas que prevêem expressamente sua disponibilidade, como v.g. os direitos consagrados pelos incisos VI e XIV do artigo 7º da Carta Republicana. Outro, quando se identifica o momento em que os direitos são devidos. Isso porque, apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente vontade. Após a dissolução do pacto, no entanto, não há se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que empregado não mais está dependente do empregador. Cito, a propósito, as palavras do notável doutrinador Arnaldo Lopes Sussekind, que considera que "tais renúncias no momento ou depois da cessação do contrato de trabalho tem sido apreciadas pela jurisprudência brasileira com menos

restrição do que as ocorridas nas demais fases da relação de emprego" posto que, continua o douto mestre, "satisfeitas que sejam certas condições de liberdade de vontade, é lícito ao empregado renunciar, desde que se tratem de direitos já adquiridos, isto é, já incorporados ao patrimônio em consequência ou por força de lei". Ocorre, contudo, que mesmo consideradas tais premissas e não obstante o acórdão regional tenha firmando tese diversa daquela por mim propugnada - acerca da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e da inaplicabilidade, na esfera trabalhista, do instituto da arbitragem - o julgador, de modo algum, praticou qualquer violência à lei da Arbitragem. Isso porque, data vênia de Sua Excelência o douto Julgador de origem, considero que o negócio jurídico formalizado e que deu origem ao Termo de Conciliação de fls. 135/136, não obstante tratado como fruto de um processo arbitral, dele não se trata. O que acaba de ser afirmado decorre da compreensão de que o juízo arbitral, tal como definido no artigo 3º da Lei nº 9.307/96, pressupõe a existência prévia de uma lide, quando é certo que no caso dos autos não havia, no momento da prática do ato, qualquer conflito de interesses a legitimar o uso da arbitragem. A meu sentir, o procedimento adotado foi outro".

Não podemos deixar de mencionar, também, a posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão em exame, não obstante entendermos que eventual controvérsia a respeito da competência da jurisdição arbitral quando a matéria de fundo envolve conflito de natureza trabalhista - mesmo que se refira ao FGTS, gerido pela Caixa Econômica Federal - deva ficar a cargo da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da Constituição Federal. Devemos reconhecer, em que pese à nossa discordância, que aquele Superior Tribunal tem admitido a possibilidade de utilização da arbitragem para a válida comprovação da rescisão do contrato de trabalho sem justa causa e, portanto, conferindo a sentença arbitral natureza de documento hábil para o levantamento do FGTS, até mesmo pela seu caráter jurisdicional. Vejamos:

"ADMINISTRATIVO. FGTS. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. LEVANTAMENTO DOS DEPÓSITOS. ARBITRAGEM. DIREITO TRABALHISTA.

1. Configurada a demissão sem justa causa, não há como negar-se o saque sob o fundamento de que

o ajuste arbitral celebrado é nulo por versar sobre direito indisponível. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas milita em favor do empregado e não pode ser interpretado de forma a prejudicá-lo, como pretende a recorrente.

2. Descabe examinar se houve ou não a despedida sem justa causa, fato gerador do direito ao saque nos termos do art. 20, I, da Lei 8.036/90, pois, conforme a Súmula 7/STJ, é vedado o reexame de matéria fática na instância especial.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 707065/BA; Relator Ministro Castro Meira, 2ª Turma, DJ 09.05.2005)“

É importante frisar, também, que, ao se adotar procedimento arbitral no que toca ao FGTS, revolve-se o interesse público, haja vista a função social que o fundo detém, que vai muito além de mero direito individual fundiário. Relegar ao alvedrio de um árbitro direitos inerentes à saúde financeira do fundo significa colocar a sociedade inteira em risco, eis que beneficiária do numerário fundiário (infra-estrutura, financiamento de moradias, projetos esportivos e sociais, etc)⁴⁰. De toda sorte, cabe, neste momento, uma rápida digressão sobre de quem seria a responsabilidade sobre eventual prejuízo oriundo do procedimento em estudo (arbitragem e FGTS), com base no que já existe como jurisprudência consolidada do TST em tema análogo.

Tomamos como exemplo paradigma o caso dos chamados "expurgos inflacionários" do FGTS, decorrentes dos planos econômicos. Neste caso, estabeleceu-se, na OJ 341 daquele Tribunal, que a responsabilidade pelo pagamento de eventuais diferenças decorrentes das multas resilitórias de 40% seria sempre do empregador e nunca da CAIXA, mera gestora do fundo. Portanto, ao vislumbrarmos hipotéticas ações por parte de ex-empregados que levantaram seus numerários do FGTS por meio de procedimento arbitral, não concebemos responsabilidade da gestora do fundo por eventuais diferenças. Explica-se. Percebe-se que muitos gerentes de agências da CAIXA vêm sendo obrigados a liberar o saldo existente do FGTS de vários trabalhadores por meio de mandado judicial em que se reconheceu a validade do procedimento arbitral para tal fim. Nestes casos, não raro, o numerário é levantado sem que se observe os 3 anos fora do sistema do FGTS, como, também, ocorre no levantamento do numerário sem o pagamento da multa de 40% devida na espécie. Somos de opinião que eventuais ações dos ex-empregados para reaver tais valores (em vista de uma possível fraude no procedimento arbitral) só podem ter no pólo passivo os ex-empregadores. Pensar de modo diverso é aceitar a alegação da própria torpeza dos partícipes

da arbitragem, fato inaceitável em nosso ordenamento. Em suma, a CAIXA, mera operadora do FGTS, não poderia ser responsabilizada por um evento externo aos seus desígnos e aos desígnos do Fundo, a exemplo do que ocorreu com as diferenças dos "expurgos" (OJ 341 do TST).

6 Conclusão

Em que pese as decisões do STJ e a tendência que se desponta no TST, entendemos que a arbitragem não deve ser aplicada às lides de natureza trabalhista, sobretudo, quando envolver controvérsia acerca do FGTS, pelo simples fato de esses direitos - constitucionalmente previstos - afigurarem-se como indisponíveis. Nem se diga que as verbas trabalhistas, porque eventualmente se transformam em verbas indenizatórias, fazem com que os direitos que lhe deram origem tornem-se disponíveis. Na verdade, continuam tendo a característica da indisponibilidade - apenas que, na via Judicial (e apenas nesta via), podem ser transacionados. O rol dos direitos sociais permanecem intocáveis; como espécie de direitos fundamentais não deixam de ser normas de ordem pública. Repisa-se: a possibilidade de transação é sempre mais ampla em sede de jurisdição estatal, onde, eventualmente, mesmo um direito não patrimonial pode comportar transação e um direito indisponível pode deixar de ser absoluto em detrimento de outro direito indisponível, que deve prevalecer no caso concreto, diante da aplicação do princípio da proporcionalidade. Porém, essa relativização deve ocorrer tão-somente em sede Judicial, porque - mais uma vez repetimos - o procedimento arbitral não comporta controvérsias que versem sobre direitos indisponíveis, previstos como direitos sociais no texto da Carta Política.

Se é verdade que a Lei 9.307/96 preza e incentiva o princípio da autonomia da vontade, também é verdade que se preocupou com a manutenção da ordem pública e dos bons costumes (art. 2º e seus parágrafos). Assim, faz todo sentido a sistemática adotada pela Lei, qual seja, a de permitir às partes convencionem as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, inclusive possibilitando que ela seja de direito ou de equidade e, como consequência, exclui a possibilidade de sua incidência sobre conflitos que envolvam direitos indisponíveis, ainda que patrimoniais. Ora, é claro: porque se os direitos são indisponíveis, a eles se aplicam normas cogentes, de ordem pública, que não podem ser afastadas, por vezes, nem mesmo pelo legislador infraconstitucional (quando direitos constitucionalizados), menos ainda podem ser afastadas para privilegiar, por exemplo, a equidade.

Não queremos, com isso, diminuir a importância da busca por caminhos conciliatórios nos conflitos privados, conforme ressaltou o então Vice-Presidente da República MARCO MACIEL⁴¹ à época da edição da Lei 9.307/96, na tentativa de dispensar o recurso ao Poder Judiciário.

Devemos ter em mente que a arbitragem se revela muito útil na área cível e nas questões comerciais que abrangem recursos econômicos relevantes, porque, como bem sugere Marco Maciel, podem, de fato, encontrar, por meio desse instituto, "uma solução natural, consensuada e de enorme praticidade"⁴², que, na via judicial, poderia levar anos para ser encontrada; mas, quando estamos nos referindo a conflitos em que contendem partes com diferentes níveis econômicos, como, por exemplo, empregado e empregador, fornecedor e consumidor, grandes grupos econômicos e indivíduo, o que antes era prático e ágil na pacificação social torna-se conveniente e facilmente condutível pela parte economicamente mais forte, ensejando a adoção de condutas abusivas em detrimento dos mais desvalidos.

Mesmo quando se trata de empregado que não mais labora na empresa com a qual contende, não vislumbramos a possibilidade de utilização da arbitragem, até mesmo por questões de ordem prática, como, por exemplo, o custo do procedimento, que pode ser demasiadamente alto para o trabalhador - cumpre-nos indagar sobre a legitimidade de um procedimento arbitral inteiramente custeado pelo empregador - bem como em razão da sua desnecessidade, uma vez que existem as Comissões de Conciliação Prévia - onde a paridade de armas é, ao menos, aparente diante da presença de representação dos empregados e de representações patronais (que também são formadas por empregados da empresa) - e, para os locais onde ainda não tenha sido implantada, remete-se ao acesso direto ao Judiciário, quando terão a audiência de conciliação para tentar solucionar, de pronto, o conflito.

Ademais, ainda que se admita a possibilidade de utilização do instituto quando previsto em convenção coletiva, por exemplo, no caso específico do FGTS - quando reconhecida a demissão sem justa causa por sentença arbitral e a simples apresentação da sentença ao caixa se faça suficiente para autorizar o saque - devemos indagar como o caixa bancário seria capaz de averiguar prontamente a existência de convenção coletiva autorizadora do procedimento arbitral, ou mesmo da própria validade daquele documento. Ele poderia exigir a apresentação da convenção ou acordo coletivo? Se entendermos, como fazemos, que a decisão do árbitro, por si mesma, tem força executiva de título judicial, a resposta seria negativa. Ao mesmo tempo e, por essa razão, admitir-se a arbitragem em controvérsias dessa natureza seria facilitar a ocorrência de fraudes ao Fundo (lembrando sempre o caráter social do fundo, que tem o interesse público como norteador de seus fins, muito além do direito fundiário individual). Por outro lado, exigir-se a homologação, chancela ou verificação prévia pelo Judiciário quando se admite a arbitragem para essas causas seria tornar letra morta a própria sistemática da Lei de Arbitragem, em especial, o art. 18.

Assim sendo, entendemos que a arbitragem não poderia alcançar litígios que versem sobre direitos dos trabalhadores, especialmente o

FGTS, pela sua própria natureza de direito social, espécie de direito fundamental e, até, pela impossibilidade prática desse procedimento.

Notas

- 1 Observamos que, no Supremo Tribunal Federal, há precedentes da 1ª Turma confirmando a constitucionalidade do Decreto-Lei nº 70/66, a exemplo do Recurso Extraordinário 223.075, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, cuja publicação do acórdão ocorreu no Diário de Justiça de 06.11.1998: "EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido". Nesse sentido, também, os recursos extraordinários 240.361 (relator Min. Ilmar Galvão, DJ 29.10.99), 287.453 (relator Min. Moreira Alves, DJ 26.10.01) e 148.872 (relator Min. Moreira Alves, DJ 12.05.00). Não obstante, quanto ao referido Decreto-Lei, existem autores que questionam a sua constitucionalidade, como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (**Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pág. 385). Os autores citam decisão do TRF/3ª Região (Ac. 5ª T., Ag. 158.349, rel. Des. André Nabarrete, 16.12.03) segundo a qual o Código de Processo Civil, em seu art. 1º, teria revogado o referido decreto-lei. Também, considera que "o exercício da jurisdição executiva por particulares, além de não haver permissivo constitucional, é incompatível com o artigo 5º, inciso LIV, do texto maior" e, como resulta na perda da propriedade, imprescindível seguir-se o devido processo legal, pressupondo juiz natural e monopólio da jurisdição estatal, requisitos estes ofendidos pelo Decreto-Lei nº 70/66. Desse modo, "a previsão contratual da execução extrajudicial não prevalece sobre a garantia do devido processo legal e o monopólio da jurisdição estatal".
- 2 Nesse sentido, MENEZES, Iure Pedroza, 2002, artigo publicado *in* Revista Âmbito Jurídico, em fevereiro de 2002.
- 3 CÂMARA, Alexandre Freitas, 2004, **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 9ª edição, revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, págs. 37/39.
- 4 SENA, Bárbara Bianca, 2005. A Lei de Arbitragem vela "pelo princípio da autonomia da vontade, não ignorando, porém, as normas cogentes de ordem pública às quais este princípio não pode se sobrepor. Em razão desse princípio, os contratantes têm liberdade para estabelecer a forma em que se dará a resolução do conflito, tanto no que diz respeito ao procedimento adotado pelo árbitro como no que se refere ao direito material aplicável à questão. Essa liberdade é garantida, expressamente, no art. 2º e seus parágrafos, estabelecendo que a arbitragem poderá ser celebrada conforme o direito ou a equidade" (SENA, Bárbara Bianca. **A natureza jurídica da arbitragem no Brasil**. Monografia apresentada em sede de pesquisa acadêmica no curso de pós-graduação em Direito - "Ordem Jurídica e Mi-

nistério Público" - pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2005, pág. 78).

- 5 A necessidade de se recorrer ao Judiciário pode, muitas vezes, inviabilizar o instituto da arbitragem, especialmente quando o que se pretende com a adoção desse procedimento é obter solução de forma mais célere. Não obstante, como se trata de controvérsia incidental acerca da disponibilidade ou não do direito, não há como deixá-la ao alvitre das partes, porque mesmo a liberdade de contratar não deve se sobrepor a questões de ordem pública, especialmente quando - ao fundo e ao cabo ou ainda que indiretamente - a controvérsia atinja direito fundamental, seja de índole individual ou social, porque estes direitos fundamentam o próprio Estado Democrático de Direito, isto é, estão nas bases de uma Constituição Democrática.
- 6 Acórdão publicado no Diário de Justiça de 30/04/2004.
- 7 A título ilustrativo, mencionamos MORAES, Alexandre, 2002, de e MENDES, Gilmar Ferreira, 2004, e SILVA, José Afonso da, 1999:

"Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, portanto, pela vontade das partes contraentes da relação trabalhista. (...) A definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas conseqüências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção,

*sempre que houver omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize o seu exercício". (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, pág. 203). Gilmar Ferreira Mendes destaca: "Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (soziale Grundrechte), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão". Adiante, ensina: "Os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, resultando, inclusive, na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais no catálogo dos direitos e garantias fundamentais" (**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004, págs. 7/8).*

José Afonso da Silva, tendo por base a Constituição, classifica os direitos fundamentais em cinco grupos, quais sejam: "(1) direitos individuais (art.

5º); (2) *direitos coletivos* (art. 5º); (3) ***direitos sociais*** (arts. 6º e 193 e ss); (4) *direitos à nacionalidade* (art.12); (5) *direitos políticos* (arts. 14 a 17)" (grifamos). (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, pág. 187).

- 8 Embora os direitos fundamentais sejam voltados, via de regra, para que o Estado atue na proteção da dignidade da pessoa humana, a doutrina, a exemplo de Gilmar Ferreira Mendes (op. cit.), e a jurisprudência (a exemplo dos julgamentos proferidos no RE-201819, cujo teor está disponível no Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e acórdão está pendente de publicação, e no HC 12.547/DF, publicado no DJ de 12.02.2001, pelo Superior Tribunal de Justiça) começam a apontar pela incidência dessas normas também nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), além de naquelas relações entre Estado e indivíduo (eficácia vertical dos direitos fundamentais). Desponta uma tendência no sentido de se aplicar os direitos fundamentais às relações privadas, porque quase todos os direitos privados seriam referenciáveis a um direito fundamental, como no caso da liberdade de contratar, que integraria os direitos fundamentais de desenvolvimento da personalidade e da propriedade; desse modo, "o estabelecimento de vínculos contratuais com base na autonomia privada relaciona-se, pois, com o exercício de direitos fundamentais" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pág. 121). Porém, de qualquer forma, esses acordos não poderiam contrariar a ordem pública. Subsiste, ainda sim, o dever de proteção aos indivíduos pelo Estado. Também, como as normas de direitos fundamentais são normas diretamente regulamentadoras das relações jurídicas, "a lei é que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, e, não, o contrário" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros, op. cit., pág. 121). Assim, o legislador infraconstitucional, seguindo essa orientação, estabeleceu que a arbitragem somente poderá ser utilizada quando a controvérsia versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, tornando mais dificultosa a violação aos direitos fundamentais, que por sua indisponibilidade, não podem ser objeto de juízo arbitral.
- 9 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros, *op. cit.*, pág. 125.
- 10 *Op. cit.*, pág. 388.
- 11 *Op. cit.*, pág. 388.
- 12 Neste sentido, MENEZES, *op. cit.*
- 13 Nesses casos, se reconhecida pela doutrina e jurisprudência a utilização da arbitragem para causas de natureza trabalhista, entendemos ser da competência da Justiça do Trabalho o processo e julgamento de ações anulatórias de sentença arbitral, nos termos do art. 114 da Constituição: Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004): I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); II- as ações que envolvam exercício do direito de greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos,

entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); V- os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004); IX- outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

- 14 Ainda sim, mesmo alguns defensores da arbitragem no direito do trabalho, sugerem a presença dos sindicatos, como é o caso de Márcio Yoshida (**Arbitragem em face da indisponibilidade dos direitos trabalhistas**. In: Aspectos Atuais da Arbitragem - coletânea dos árbitros do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo, coordenadora: PUCCI, Adriana Noemi, Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 231):
"À semelhança do que ocorre nos Estados Unidos da América do Norte tem a arbitragem trabalhista sido ins-

tituída, preponderantemente, por acordos e convenções coletivas de trabalho, sob a fiscalização dos sindicatos profissionais.

O acompanhamento e a fiscalização do procedimento arbitral pelos sindicatos são aconselhados, pois, de um lado, afasta-se o temor de que o trabalhador hipossuficiente seja subjugado pelo poder econômico do lado empresarial, e, de outro, resolve-se o problema do pagamento das despesas da arbitragem".

- 15 Citamos, também, a título de ilustração Márcio Yoshida (*Op. cit.*, pág. 239).

- 16 Demonstrando a existência dessa controvérsia, citamos Márcio Yoshida (*Op. cit.*, pág. 231):

"Como é cediço, o procedimento arbitral não se destina, por força do art. 1º da Lei nº 9.307/96, a resolver questões que envolvam direitos insuscetíveis de renúncia ou transação, dentre os quais se inserem os direitos personalíssimos, os políticos, os direitos de natureza pública em geral, e, para alguns, também os direitos trabalhistas.

Inobstante referida controvérsia, é exatamente na esfera trabalhista que o instituto da arbitragem tem alcançado maior êxito e uma amplitude nunca antes vislumbrada, não se tendo notícia que em outras áreas do direito tenha havido alguma alteração significativa no marasmo que, antes da Lei nº 9.307/96, imperava no segmento da arbitragem.

É notória a falta de tradição da arbitragem no nosso país", o que, segundo o autor, se deve à nossa "cultura intervencionista", acostumando-nos "a sempre esperar do Estado alguma providência para resolver nossos problemas". E continua:

"A mão do Estado, todavia, tem se mostrado incapaz de solucionar, satisfatoriamente, os milhões de conflitos trabalhistas que batem às por-

tas da Justiça do Trabalho, frutos de uma legislação trabalhista paternalista e instigadora do litígio". O autor cita ainda o enorme número de processos (na casa dos milhões) que, em 1998, foram ajuizados na Justiça do Trabalho e, por conseguinte, as milionárias divisas que eles consumiram da União, afirmando ser desalentador esse quadro e, portanto, teria contribuído para a boa acolhida da arbitragem no âmbito trabalhista.

Sabemos que a quantidade de processos que entravam o Judiciário é numerosa não apenas na Justiça do Trabalho. Concordamos que não devemos esperar que o Estado seja a solução para todos os problemas da sociedade, até porque o próprio Estado tem chamado a contribuição de entidades não governamentais, como as ONGs, OSCIPs etc, mas nem por isso deixa de ser devedor de proteção aos direitos irrenunciáveis, como o são os direitos fundamentais abrangentes dos direitos sociais e, dentre eles, os direitos dos trabalhadores. Paternalista ou não, a legislação trabalhista está a regulamentar direitos constitucionalizados e, que, portanto, não podem sofrer retrocesso. Em que pese a controvérsia doutrinária, podemos, inclusive, alocar os direitos sociais entre as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV da Carta da República).

- 17 BRANCO, 2002, Paulo Gustavo Gonet e outros, *op. cit.*, pág. 149.
- 18 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros, 2002, *op. cit.*, pág. 123.
- 19 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e outros, 2002, *op. cit.*, pág. 123.
- 20 Acórdão publicado em 31/08/2001.
- 21 Neste sentido, MENEZES, 2002, *op. cit.*
- 22 Neste sentido, JÚNIOR Antônio Humberto de Souza em artigo publicado na Revista Genesys.
- 23 MENEZES, 2002, *op. cit.*
- 24 MENEZES, 2002, *op. cit.*
- 25 CARMONA, Carlos Alberto. 1998. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 48.
- 26 CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 48.
- 27 ALVIM, J.E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.77.
- 28 RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Editora Ltr. 3ª Edição. São Paulo. 2000, pg. 176.
- 29 BARROS, Alice Monteiro de. **In Compendio de Direito Processual do Trabalho** - Obra em Memória de Celso Agrícola Barbi. Editora Ltr. 3ª Edição. 2002, pg. 942.
- 30 *Apud* MENEZES, Iure Pedroza, *op. cit.*
- 31 Acórdão publicado no DJ de 26/01/2004. Ressaltamos que, enquanto encaminhávamos este artigo para publicação, noticiou-se, em 17 de janeiro de 2006 no sítio do TST (www.tst.gov.br), julgamento da Primeira Turma daquele Tribunal, proferido no RR 541362/1999.6 - Min. Relator Lélío Bentes Corrêa (acórdão pendente de publicação), garantindo-se o acesso à Justiça do Trabalho ainda quando firmada a convenção de arbitragem. Tratava-se de recurso de revista de portuário para ver garantido "o exame de reclamação trabalhista formulada contra o Sindicato dos Operários e Trabalhadores Portuários em Geral do Estado de São Paulo (SINTRAPORT) e a Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP. A primeira instância havia negado o exame da demanda feito

pelo trabalhador diante da previsão inscrita no art. 29 da Lei nº 8.630 de 1993. O dispositivo estabelece que 'deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão-de-obra, Comissão Paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação das normas', instituídas pela chamada Lei de Modernização dos Portos." Inicialmente, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, teria firmado o entendimento "de que a controvérsia entre as partes teria de obrigatoriamente passar pela arbitragem da Comissão Paritária. Somente se frustrada a tentativa de composição, as partes poderiam submeter a discussão ao Judiciário, a exemplo do que acontece nas Comissões de Conciliação Prévia". Para o Tribunal Superior do Trabalho, "a submissão da controvérsia ao juízo arbitral representa uma faculdade das partes". A notícia esclarece que, confirmando o voto do relator, o ministro Emmanoel Pereira afirmou: "o texto da Lei nº 8.630/93 não impõe qualquer sanção em caso de não observância de seu dispositivo (art. 23), como ocorre, ao contrário, com as Comissões de Conciliação Prévia".

- 32 Trecho do voto, constante do ementário nº 1730-10: "Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura direitos sociais", no art. 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do § 2º, do art. 5º, segundo o qual "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados..." Houve o agasalho, portanto, de direitos e garantias explícitos e de direitos e garantias

implícitos. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª Edição. Atlas: São Paulo, 2002, pg. 545. No mesmo sentido, na doutrina DANTAS, Ivo. *Constituição Federal: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, pg. 308.

- 33 MENEZES, *op. cit.*
- 34 Ressaltamos que essa questão é bastante controvertida. A esse respeito sugerimos a leitura do artigo de Fabiano Jantalia Barbosa intitulado "**O Direito ao FGTS e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a Legitimidade da Restrição Legal das Hipóteses de Saque**", in *Revista de Direito da AVOCEF - Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal*. Ano I, nº 1, Ago/2005, págs. 115/149.
- 35 Nesse sentido, temos a doutrina de Hely Lopes Meirelles (**Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005, págs. 87/88):
- "A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar e desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.*
- A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. (...)*
- Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fa-*

zer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'."

- 36** Por fidelidade ao leitor, reconhecemos que existem manifestações doutrinárias em sentido contrário, como Márcio Yoshida (op. cit., pág. 239): "nem se alegue, por outro lado, que a legitimação do acordo seria a chance-la e a tutela jurisdicional, pois, como já dissemos linhas atrás, o que define o direito disponível não é a autoridade que homologa a transação, mas, antes de qualquer coisa, a possibilidade jurídica e material do titular desse direito dele dispor. O direito à vida, repetimos, fosse perante quem de direito, não seria transacionável. O direito ao FGTS do trabalhador, na outra ponta, é objeto de incontestáveis transações em audiências trabalhistas, porque, é evidente, trata-se de direito patrimonial disponível". Mesmo Márcio Yoshida reconhece que, no âmbito do contrato de trabalho em vigor, tem-se como regra geral a indisponibilidade dos direitos do trabalhador, mas sustenta que, porquanto "a obrigação resultante do ilícito patronal seja de fazer, ainda assim poderá o trabalhador exercer seu direito de transacioná-la, pois pode ela ser convertida em indenização". Concordamos com o fato de a verba poder ser transacionada e transformada em indenização, mas apenas na via judicial, porque os direitos indisponíveis não deixam de sê-lo somente porque passíveis de indenização pecuniária quando violados.
- 37** Observamos, entretanto, a existência de julgado em sentido contrário, proferido pelo Tribunal Regional da 1ª Região quando do julgamento da

Apelação em Mandado de Segurança nº 2004.33.00.015281-0/BA (verificar data de publicação no DJ), considerando que a homologação deva se dar apenas para o fim de validar o recibo de pagamento das verbas rescisórias ou o pedido de demissão, não se aplicando ao caso de dispensa sem justa causa. Segundo a decisão, a leitura da lei não deixaria dúvidas quanto à validade do ato de homologação, que teria por finalidade validar o recibo de pagamento, enquanto o ato de dispensa sem justa causa, isto é, o fato gerador do direito de movimentar o FGTS não seria objeto da homologação, tendo plena existência independente desta. Isso porque, entendeu o TRF 1ª Região, naquele julgamento, que o art. 20, I da Lei nº 8.036/90 traz a possibilidade de o trabalhador movimentar sua conta em caso de dispensa sem justa causa, sem impor qualquer outro requisito para a liberação do FGTS. Assim, a sentença arbitral não teria homologado a despedida sem justa causa, mas tão somente as parcelas pagas ao trabalhador, porque a comprovação da dispensa sem justa causa se daria mediante a apresentação do termo de rescisão do contrato de trabalho homologado pelo sindicato ou pelo Ministério Público do Trabalho. Fundamenta seu entendimento, também, na Súmula 330 do TST, que dispõe "a quitação passada pelo empregado, com assistência da entidade sindical de sua categoria, tem eficácia liberatória tão-somente em relação às parcelas declaradas no TRCT, excluindo todas as demais parcelas salariais nele não consignadas". Não estamos, aqui, questionando a possibilidade de assistência sindical ao empregado e a homologação da quitação das verbas salariais, mas apenas que esta homologação e esta quitação não poderia ocorrer em sede de jurisdição arbitral; da mesma for-

ma, quando não houver o termo de rescisão contratual esclarecendo a dispensa sem justa causa, tal comprovação não pode ocorrer naquela sede. Não obstante, restou determinado à Caixa, na parte dispositiva do julgado, que passasse a aceitar as sentenças arbitrais proferidas pelo Conselho Arbitral da Bahia, "com vista à solução de litígios trabalhistas como documentos aptos a permitir a movimentação das contas fundiárias dos titulares que, com esta finalidade, os apresentarem ao setor competente da CAIXA".

Referências

- ALVIM, J.E. Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem Interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.77.
- BARROS, Alice Monteiro de. **In Compêndio de Direito Processual do Trabalho** - Obra em Memória de Celso Agrícola Barbi. Editora Ltr. 3ª Edição. 2002.
- BARBOSA, Fabiano Jantalia. **O Direito ao FGTS e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: a Legitimidade da Restrição Legal das Hipóteses de Saque**, in Revista de Direito da AVOCEF - Associação Nacional dos Advogados da Caixa Economica Federal. Ano I, nº 1, Ago/2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 9ª edição, revista e atualizada segundo o Código Civil de 2002, 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- DANTAS, Ivo. **Constituição Federal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- 38 SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20ª Edição atual., V. 1. Editora Ltr., São Paulo, 2002, pg. 216.
- 39 *Op. cit.*, pg. 176.
- 40 Nesse sentido, Fabiano Jantalia Barbosa. *Op. cit.*
- 41 Arbitragem e avanço institucional, artigo publicado na edição nº 3 da Revista do SFI.
- 42 Arbitragem e avanço institucional, artigo publicado na edição nº 3 da Revista do SFI.
- FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MACIEL, Marco. **Arbitragem e avanço institucional**, artigo publicado na edição nº 3 da Revista do SFI.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP. 1ª edição, 2ª tiragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 3ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004
- MENEZES, Iure Pedroza. **Revista Âmbito Jurídico**. Artigo publicado em fevereiro de 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

RODRIGUES, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Editora Ltr. 3ª Edição. São Paulo. 2000.

SENA, Bárbara Bianca. **A natureza jurídica da arbitragem no Brasil**. Monografia apresentada em sede de pesquisa acadêmica no curso de pós-graduação em Direito - "Ordem Jurídica e Ministério Público" - pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto de. *In*: artigo publicado na Revista Genesys.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20ª Edição atual., V. 1. Editora Ltr., São Paulo, 2002.

YOSHIDA, Márcio. **Arbitragem em face da indisponibilidade dos direitos trabalhistas**. *In*: Aspectos Atuais da Arbitragem - coletânea dos árbitros do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo, coordenadora: PUCCI, Adriana Noemi, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Fundamentos para elaboração do estudo de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança

Luciane Martins de Araújo Mascarenhas
Advogada da Caixa em Goiás. Mestre em Direito
pela Universidade Federal de Goiás

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discorrer sobre os fundamentos de dois importantes instrumentos para a proteção do meio ambiente: o Estudo de Impacto Ambiental, cujo disciplinamento encontra-se na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/1981 e nas Resoluções números 1/1986, 6/1987, 9/1987 e 237/1997, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA); e o Estudo de Impacto de Vizinhança previsto no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, já regulamentado por vários municípios. Esses dois institutos estão em perfeita consonância com as disposições do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado ao status de garantia constitucional e que busca garantir a sadia qualidade de vida.

Palavras-chave: Estudo de Impacto Ambiental. Estudo de Impacto de Vizinhança. Estatuto da Cidade.

1 Introdução

A Constituição Federal traz, em seu artigo 225, a garantia fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito e também dever de toda coletividade.

Incumbe ao Poder Público dar efetividade ao direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, por meio das ações previstas no § 1º do artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que inclui em seu inciso IV, o seguinte: "exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade".

Assim, o Poder Público tem o dever de exigir a realização do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), antes da instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental. Ao conferir efetividade ao preceito constitucional em comento, é possível

fazer uma previsão dos efeitos positivos e negativos dessas atividades ou obras, possibilitando ainda a análise de alternativas visando a proteção do meio ambiente.

A despeito da exigência constitucional e de todo regramento sobre o assunto, convive-se, ainda, com o desrespeito à essas normas. Prova disso é a usina hidrelétrica de Barra Grande no Paraná, cujo Estudo de Impacto Ambiental realizado ocultou que ela acarretaria a inundação de uma extensa floresta de araucária, ecossistema mais ameaçado do Brasil. Apesar disso e de toda luta dos ambientalistas para impedir esse estrago, a usina entrou em funcionamento no mês de julho/2005.

Nota-se, pois, a necessidade de aprofundamento do tema. Nesse sentido, e com o mesmo fundamento, também o Estudo de Impacto de Vizinhança se mostra como um importante instrumento para compatibilizar desenvolvimento e proteção ambiental, que constitui justamente o objetivo do desenvolvimento sustentável.

2 Estudo de impacto ambiental

No ordenamento jurídico brasileiro, esse instituto foi sendo construído gradualmente no decorrer do tempo. Paulo de Bessa Antunes (2004, p. 295) ressalta que a história legislativa sobre o Estudo de Impacto Ambiental teve início com o Decreto-Lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975, que introduziu o zoneamento de áreas críticas de poluição. Pela primeira vez, mesmo que de forma tímida, constou na legislação brasileira que as indústrias instaladas ou que viessem a ser instaladas no território nacional eram obrigadas a promover "as medidas necessárias a prevenir ou corrigir os inconvenientes e prejuízos da poluição e da contaminação do meio ambiente."

Hodiernamente, por meio da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981), denominada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 9º, inciso III, as avaliações de impactos ambientais, gênero do qual o Estudo de Impacto Ambiental é a espécie, ganharam amplitude e importância e alçaram à categoria de instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente.

Essa legislação trouxe uma grande contribuição para orientar e balizar as intervenções sobre o meio ambiente, tanto para Poder Público, como para iniciativa privada. Conforme estabelecido no artigo 2º da lei em questão, a Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo "a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana". Apresenta também, essa preocupação o preceito constitucional sobre meio ambiente e, nesse contexto, prescreve-se que deve ser elaborado o Estudo de Impacto Ambiental.

O Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990 (BRASIL, 1990), que regulamenta atualmente a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 7º, com redação dada pelo Decreto 3.942 de 27 de setembro de 2001 (BRASIL, 2001), define a competência do CONAMA para, dentre outras funções, estabelecer os critérios para licenciamento de atividades efetivamente ou potencialmente poluidoras, sobre estudo de impacto ambiental, bem como normas, critérios e padrões para controle e manutenção da qualidade do meio ambiente, tendo em vista o uso racional dos recursos naturais e, ainda, "deliberar, no âmbito de sua competência, normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida" (art. 7º, VIII).

Dessa forma, compete ao CONAMA editar as normas e estabelecer os critérios para realização do Estudo de Impacto Ambiental para atividades ou obras de significativa degradação ambiental.

A Resolução CONAMA nº 1/86 (BRASIL, 1986) dispõe sobre o impacto ambiental, bem como a abrangência do Estudo de Impacto Ambiental, traçando as diretrizes técnicas para sua realização, bem como do seu Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), que reflete as conclusões do estudo elaborado. Apresenta, ainda, elenco das atividades com maior potencial ofensivo ao meio ambiente, que devem se submeter ao Estudo de Impacto Ambiental antes de expedido o licenciamento correspondente.

A Resolução CONAMA nº 6/87 (BRASIL, 1987a) traça regras especiais para obras de grande porte relacionadas à geração de energia elétrica, estabelecendo que a expedição das licenças ambientais deve se dar após a realização do Estudo de Impacto Ambiental.

Por meio da Resolução CONAMA nº 9/87 (BRASIL, 1987b), houve o disciplinamento da realização das audiências públicas no Estudo de Impacto Ambiental, as quais estavam previstas na Resolução nº 1/86.

A Resolução CONAMA nº 237/97 (BRASIL, 1987) conceitua licenciamento ambiental, licença ambiental, estudos ambientais e impacto ambiental regional, e, ainda, a relação das atividades sujeitas ao licenciamento, bem como o procedimento correspondente. Vincula a expedição da licença ambiental à apresentação do Estudo de Impacto Ambiental, para as atividades efetivas ou potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental.

Há que se ressaltar que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) reconheceu o direito à qualidade do meio ambiente como manifestação da própria vida, incluiu o Estudo de Impacto Ambiental como matéria constitucional e como importante instrumento na defesa do meio ambiente, conforme estabelece o inciso IV, § 1º do artigo 225. "É a primeira Constituição no mundo que prevê o Estudo de Impacto Ambiental, o que é uma conquista, pois o legislador ordinário, e via de consequência, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, não poderão abrandar as exigências constitucionais", afirma Paulo Affonso Leme Machado

(2001, p. 194). Ainda, a Carta Magna deixou claro que o momento da realização do estudo é anterior ao licenciamento ambiental e ao início das obras ou atividades a ele sujeitas.

A Resolução nº 1/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA; BRASIL, 1986), órgão competente para traçar as normas e critérios referentes ao licenciamento ambiental e ao Estudo de Impacto Ambiental conceitua impacto ambiental da seguinte forma:

“Art. 1º [...] considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota¹;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.”

Toda ação antrópica repercute na natureza. O impacto ambiental ocorre quando o meio ambiente, que engloba aspectos ecológicos, econômicos e sociais, é alterado profundamente em espaço de tempo muito reduzido. Essa alteração pode ser positiva ou negativa, dependendo da intervenção ocorrida. A noção de impacto dá a idéia de atrito, colisão, indicando a diversidade de interesses econômicos e públicos sobre o meio ambiente.

Observe-se ainda que o meio ambiente de que trata o artigo 225, inciso IV, da Constituição Federal, não se restringe apenas ao meio ambiente natural, podendo ser aplicado também quando se trata de meio ambiente artificial, cultural ou do trabalho.

Da análise conjunta do artigo da Resolução CONAMA nº 1/86 (BRASIL, 1986) e do dispositivo constitucional (BRASIL, 1988), nota-se que a exigência do Estudo de Impacto Ambiental não diz respeito a qualquer alteração no meio ambiente causada pela ação humana, mas refere-se às ações humanas potencialmente causadoras de significativa degradação, ou seja, uma alteração drástica no meio ambiente que comprometa a sua qualidade. Como bem esclarece Paulo Affonso Leme Machado (2001), "a palavra 'potencialmente' abrange não só o dano de que não se duvida, como o dano incerto e o dano provável" (p. 64) e, ainda, significativa é "a agressão ambiental provável que possa causar dano sensível" (p. 194).

A Resolução CONAMA nº 237/97 (BRASIL, 1997), em seu artigo 1º, incisos III e IV, conceitua estudos ambientais e impacto ambiental regional:

“III - Estudos Ambientais: são todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídios para análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de riscos;

IV - Impacto Ambiental Regional: é todo e qualquer impacto ambiental que afete diretamente (área de influência direta do projeto), no todo ou em parte, o território de dois ou mais Estados.”

Para Michel Prieur (1991), o objetivo do Estudo de Impacto ambiental consiste em evitar que uma construção ou atividade, justificável no plano econômico, se revele posteriormente nefasta ou catastrófica ao meio ambiente.

O artigo 2º, da Resolução CONAMA nº 1/86 (BRASIL, 1986), estabelece a relação das atividades sujeitas ao Estudo de Impacto Ambiental:

“Artigo 2º Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como:

I - estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento;

II - ferrovias;

III - portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos;

IV - aeroportos, conforme definidos pelo inciso I, art. 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66;

V - oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários;

VI - linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230 KV;

VII - obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragens para fins hidrelétricos, acima de 10 MW, de saneamento ou de irrigação, retificação de bacias e diques;

VIII - extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão);

- IX - extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de mineração;*
- X - aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos;*
- XI - usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10 MW;*
- XII - complexo de unidades industriais e agroindustriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos);*
- XIII - distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI;*
- XIV - exploração econômica de madeira ou lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental;*
- XV - projetos urbanísticos, acima de 100 hectares ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes;*
- XVI - qualquer atividade que utiliza carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia."*

Essa relação tem por objetivo estabelecer, a priori, as atividades em que se faz necessária a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental, para que o empreendedor não se surpreenda com sua exigência posterior. Ocorre que a relação é meramente exemplificativa, conforme se pode observar pela expressão contida no caput do artigo acima citado, *tais como*, não esgotando o rol de atividades e obras que possam causar significativa degradação ambiental.

O rol citado, no entanto, está longe de esgotar-se. Se houver atividades que causem significativa degradação ao meio ambiente, e que não estejam previstas no rol acima mencionado, cumpre à administração determinar a realização do Estudo de Impacto Ambiental.

A análise sobre a necessidade ou não de realização do EIA, nos casos não-previstos pela Resolução 1/86, do CONAMA (BRASIL, 1986), deve ocorrer sempre com base nos dispositivos constitucionais, mormente no artigo 225 do texto constitucional (BRASIL, 1988), que atribui ao Poder Público a exigência do estudo em questão, como forma de garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Essa exigência combina-se com o artigo 37, que determina à administração pública a observância aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

publicidade e eficiência. Por meio da observância desses princípios, pode-se exercer a correta avaliação da questão.

Em relação às atividades previstas no artigo 2º da Resolução CONAMA nº 1/86 (BRASIL, 1986), não pode haver dispensa da realização do EIA pelo Poder Público. "A vantagem de se arrolarem algumas atividades no art. 2º obriga também a própria Administração Pública, que não pode transigir, outorgando a licença e/ou autorização sem o EIA", declara Paulo Affonso Leme Machado (2001, p. 207). Esse é o entendimento que tem prevalecido entre os estudiosos da matéria.

Dessa forma, se esse instrumento de proteção ambiental não for de cunho obrigatório nos casos listados no rol apresentado pela Resolução nº 1/86 (BRASIL, 1986), bem como a outros empreendimentos que possam causar significativo impacto ambiental, haverá riscos para a manutenção de meio ambiente ecologicamente equilibrado e garantido constitucionalmente.

Quanto a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental, trata-se de um trabalho científico complexo que envolve várias áreas do conhecimento, motivo pelo qual se faz necessária a formação de uma equipe multidisciplinar, com especialistas de várias áreas do conhecimento. Esse trabalho tem, portanto, um caráter holístico, pois deve-se proceder à análise sobre a interação de vários fatores em uma determinada área.

Todos os custos decorrentes da realização do Estudo de Impacto Ambiental e seu relatório correspondente estão a cargo do proponente do projeto. Como ressalta Paulo de Bessa Antunes (2004, p. 338), não raro, o proponente do projeto estabelece cláusulas contratuais com os membros da equipe técnica, que se obriga à contraprestação pecuniária apenas se houver aprovação do empreendimento pelo órgão competente.

Em que pese o EIA estar vinculado ao proponente do projeto, cumpre ao órgão ambiental exercer o controle e fiscalização, a fim de que o EIA retrate a realidade e não os interesses do empreendedor.

Nesse sentido, nos termos do artigo 11 da Resolução nº 237/97 (BRASIL, 1997), foi mantida a responsabilidade dos profissionais pelas informações apresentadas, sujeitando-os às sanções administrativas, civis e penais, nos casos de falsidade dos dados. Dessa forma, apesar da vinculação da equipe ao proponente do projeto, o empreendedor e os profissionais que subscrevem o EIA são responsáveis pelas informações prestadas, podendo ser responsabilizados pelos trabalhos realizados, caso estejam em desacordo com a realidade. Também nesse sentido, prescreve o artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981), que, além das sanções administrativas previstas no mesmo artigo 14, o poluidor é obrigado, independentemente de culpa, a reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por sua atividade.

O artigo 17, do Decreto nº 99.274/90 (BRASIL, 1990), estabelece que o CONAMA deve fixar os critérios básicos, segundo os quais deve ser

exigido o Estudo de Impacto Ambiental. A Administração Pública deve oferecer as diretrizes para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental pela equipe multidisciplinar, instrumento que é conhecido como Termo de Referência e serve como orientação para estabelecer os elementos que devem ser analisados de forma mais detalhada pelos técnicos que elaborarão o EIA.

O artigo 5º, da Resolução CONAMA nº 1/86 (BRASIL, 1986), traça as diretrizes gerais para a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental, que deve conter todas as alternativas tecnológicas para execução ou não do empreendimento, bem como as alternativas de localização do projeto. Deve, também, identificar e avaliar os impactos ambientais gerados e definir os limites da área afetada. Referido artigo define, ainda, a área geográfica de influência do projeto que é a bacia hidrográfica em que vai se situar a obra ou atividade. Não se pode olvidar, no entanto, que essa delimitação deve servir apenas como diretriz e não como regra, pois, muitas vezes, a área de influência pode transcender esses limites.

Segundo Paulo de Bessa Antunes (1996),

“a enorme inter-relação entre todos os componentes da biosfera fazem com que os atos praticados localmente repercutam globalmente. O fenômeno da poluição transfronteira, das chuvas ácidas e outros demonstram a dificuldade da abordagem do tema (p. 329).”

O conteúdo do Estudo de Impacto Ambiental está previsto no artigo 6º da Resolução CONAMA nº 1/86. Devendo o estudo abranger aspectos físicos, biológicos e econômico-sociais existentes antes da implantação do projeto, com verificação de todas as hipóteses de realização ou não do empreendimento, a fim de possibilitar a posterior análise dos impactos gerados pelo projeto, de forma imediata e mediata.

Destaque-se que os incisos III e IV do art. 6º da Resolução CONAMA nº 1/86 (BRASIL, 1986), que tratam sobre as medidas mitigadoras dos impactos negativos e o necessário acompanhamento e monitoramento desses impactos, devem ser considerados em consonância com o disposto no artigo 10, § 3º da Lei nº 6.803/80 (BRASIL, 1980) que acrescenta a necessidade de confiabilidade da solução a ser adotada. Assim, o estudo deve demonstrar a eficácia das medidas propostas.

As medidas mitigadoras, conforme disposto também no artigo 9º da mesma resolução, devem atuar nos impactos negativos que não puderem ser evitados, devendo constar o grau de alteração esperado, em que se enquadram a instalação de equipamentos de controle ambiental e medidas visando à economia dos recursos naturais, como por exemplo, a reutilização da água nos empreendimentos industriais. Essa medi-

da, além de economizar um bem ambiental cada vez mais escasso, reverte-se em economia do custo de produção.

As medidas compensatórias já atuam como forma de responsabilidade pelos danos causados pelo empreendimento no meio ambiente.

O CONAMA expediu as Resoluções nº 10, de 3 de dezembro de 1987 (BRASIL, 1987) e nº 2, de 18 de abril de 1996 (BRASIL, 1996) que traçam os parâmetros para a compensação ambiental e instituem o Sistema Nacional de Compensação. De acordo com o estabelecido nessas normas, o licenciamento de atividades sujeitas ao EIA/RIMA fica condicionado à implantação de unidade de conservação, preferencialmente estação ecológica. A reparação ambiental pode realizar-se, ainda, por meio do custeio de atividades de aquisição de bens para unidades de conservação públicas definidas na legislação. A unidade de conservação deve situar-se preferencialmente na região do empreendimento e tem por objetivo preservar as amostras representativas dos ecossistemas afetados.

O programa de acompanhamento de que trata o inciso IV, do artigo 6º da Resolução CONAMA nº 1/86 (BRASIL, 1998) é uma atividade que integra o EIA. É de suma importância que haja uma fiscalização do órgão ambiental competente pelo licenciamento, que pode suspender ou cancelar a licença, conforme disposto no artigo 19, da Resolução CONAMA nº 237/97 (BRASIL, 1997), quando ocorrer a violação ou inadequação das condicionantes e normas legais, e, ainda, se houver omissão ou falsa descrição de informações relevantes que motivaram a expedição do licenciamento. O monitoramento dos impactos, a adoção das medidas mitigatórias e de compensação são medidas que podem propiciar que a atividade ou obra seja sustentável.

Todos os dados constantes na relação citada no artigo 6º são imprescindíveis, sendo o mínimo necessário para a correta avaliação dos impactos ambientais. O Estudo de Impacto Ambiental deve contemplar todo o conteúdo estabelecido pelos artigos 5º e 6º, da Resolução nº 1/86 do CONAMA (BRASIL, 1986).

O Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) é um documento que integra o Estudo de Impacto Ambiental e apresenta a sua síntese, com as conclusões da equipe multidisciplinar. Tem por objetivo tornar compreensível para o público o conteúdo do EIA.

O conteúdo do RIMA, previsto no artigo 9º da Resolução nº 1/86, deve vir expresso de forma clara e adequada, a fim de possibilitar o acesso ao público leigo. Deve conter os dados que possibilitem a discussão do estudo elaborado e da viabilidade do empreendimento. Deve possuir a recomendação da equipe multidisciplinar quanto à alternativa mais favorável à realização ou não do projeto.

Findos os trabalhos, deve-se dar publicidade aos EIA/RIMA, visando propiciar a sua discussão nas audiências públicas, conforme previsto no dispositivo constitucional que trata sobre o EIA, art. 225, inciso IV da

Constituição Federal, (BRASIL, 1988) e, ainda, no artigo 5º, inciso XXXIV, do mesmo texto constitucional. A Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003 (BRASIL, 2003), dispõe sobre o acesso público aos dados e informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), permitindo o acesso aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental, bem como o fornecimento de todas as informações ambientais.

Nesse sentido, o disposto no artigo 11, da Resolução CONAMA nº 1/86 (BRASIL, 1986), que resguarda apenas o sigilo industrial. O artigo 10, § 1º, da Lei 6.938/81 (BRASIL, 1981), estabelece que devem ser publicados em jornal oficial e de grande circulação os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão. Observe-se, ainda, que a Resolução nº 1/86, em seu artigo 11, § 2º, dispõe que, ao ser determinada a execução do Estudo de Impacto Ambiental e a apresentação do Relatório de Impacto Ambiental, o órgão ambiental competente deve determinar prazo para recebimento dos comentários dos órgãos públicos e demais interessados, podendo, se necessário, promover audiência pública.

A realização da audiência pública nesse procedimento confere efetividade à função ambiental dos bens de uso comum do povo, a que se refere o caput do artigo 225, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Se assim o é, nada mais lógico que a coletividade tenha acesso a esse instrumento que visa à proteção ambiental. A participação popular possibilita a discussão e o acesso às informações constantes do Relatório de Impacto Ambiental, constituindo, portanto, uma forma importante de exercício da cidadania.

A Resolução nº 9/87, do CONAMA (BRASIL, 1987b), regulamenta as audiências públicas que devem ser realizadas após a conclusão do EIA/RIMA, que tem por finalidade expor o conteúdo do Relatório de Impacto Ambiental e debater o projeto, dirimindo as dúvidas e recolhendo as críticas e sugestões dos interessados. Trata-se de um instrumento de informação e consulta à população.

Nota-se a importância da educação ambiental e da informação, a fim de que a comunidade esteja preparada para um debate das questões ambientais que envolvem o projeto. Esse momento é de grande importância e as discussões devem estar focadas no objetivo da audiência pública, evitando que se transforme em palco para reivindicações de outras necessidades da comunidade, ou para a realização de discursos políticos.

Ao final da audiência pública, deve ser lavrada ata que, juntamente com o RIMA e demais documentos que lhe forem anexados e o RIMA, servirá de fundamento para análise e parecer do órgão competente quanto à aprovação ou não do projeto.

Após essa fase, o órgão ambiental deve expedir ou não a licença ambiental, visto que, normalmente, o Estudo de Impacto Ambiental

acompanha o procedimento para fins de licenciamento ambiental, para obtenção da primeira licença, ou seja, licença prévia (LP).

A Administração Pública poderá acolher ou não as conclusões do EIA, devendo de qualquer forma, fundamentar a decisão, concedendo ou não o licenciamento ambiental correspondente. O fundamento para a decisão do órgão ambiental deve ser o dispositivo constitucional que garante o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, cabendo à administração assegurar a sua efetividade. Observe-se que o regime constitucional não garante a intocabilidade do meio ambiente, mas a sua utilização de forma sustentável. Nesse sentido, encontram-se as disposições do artigo 170, da Carta Magna (BRASIL, 1988), que traz os princípios gerais da atividade econômica, nos quais se inclui a defesa do meio ambiente.

Vale lembrar, ainda, que a fundamentação da decisão administrativa deve atender também as disposições da Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981), que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, que tem por objetivo, conforme exposto no artigo 2º, a preservação e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, assegurando condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e a proteção da dignidade da vida humana.

A decisão administrativa pode, portanto, acatar ou não as conclusões do EIA, desde que devidamente fundamentada, atendendo-se, ainda, às disposições constitucionais e legais que têm que estabelecer a compatibilização de desenvolvimento e proteção ambiental, a fim de alcançar o desenvolvimento sustentável.

Da mesma forma que o Estudo de Impacto Ambiental, o Estudo de Impacto de Vizinhança é um importante instrumento para proteção do meio ambiente, especificamente para o meio ambiente urbano.

Nota-se, portanto, a ligação existente entre meio ambiente natural e urbano e, nesse sentido, mostra-se necessária a abordagem do Estudo de Impacto de Vizinhança.

3 Estudo de impacto de vizinhança

O Estudo de Impacto de Vizinhança, de igual modo, tem como fundamento precípua garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

O Estudo de Impacto de Vizinhança é, portanto, um instrumento que visa harmonizar as relações do ser humano com o meio ambiente, com o local em que habita, com a comunidade.

Nesse aspecto, além da concepção de meio ambiente, há que se entender também o significado de *vizinhança* utilizado pelo legislador ao instituir esse estudo.

O conceito de *vizinhança* expresso no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), artigos 554 e 555, se referia-se tão-somente à contiguidade,

no aspecto puramente geográfico. Dessa forma, o proprietário tinha o direito de impedir o mau uso da propriedade vizinha que viesse a prejudicar o sossego, a segurança e a saúde de seus habitantes, podendo, para tanto, exigir a demolição ou a reparação necessária. Francisco Clemente de San Tiago Dantas (1972) apresenta essa delimitação espacial:

“Para que haja "conflito de vizinhança" é sempre necessário que um ato praticado pelo possuidor de um prédio, ou o estado de coisas por ele mantido, vá exercer os seus efeitos sobre o imóvel vizinho, causando prejuízo ao próprio imóvel ou incômodos ao seu morador. Essa "interferência", essa repercussão in alieno, é o elemento fundamental do conflito (p. 20).”

Nota-se que, pelas disposições contidas no Código Civil de 1916, as relações de vizinhança se circunscreviam a um curto espaço geográfico, de propriedades limítrofes, e sua tutela tinha por objetivo resguardar o direito de propriedade, motivo pelo qual seu titular podia repelir os atos de terceiros que viessem a restringir esse direito. “A diminuição em qualquer desses aspectos, - a abstenção forçada do proprietário diante de alguma das vantagens que a coisa lhe oferece, ou a necessidade de tolerar a ingerência alheia -, faz decair o domínio da sua plenitude”, afirma Dantas (p. 17).

O novo Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2002), em que pese trazer as mesmas disposições dos artigos 554 e 555 do antigo código, seus artigos 1.277 e 1.280, apresenta uma ampliação dos elementos componentes do direito de vizinhança. O artigo 1.277 e seu parágrafo único assim estabelecem:

“Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.”

Ao dispor a distribuição das edificações em zonas urbanas, o novo Código Civil possibilitou o aumento dos limites da propriedade sob o aspecto da vizinhança que passa a ser o que estiver determinado nas normas municipais sobre zoneamento.

A vinculação ao zoneamento amplia, de forma significativa, o conceito de vizinhança que se torna não só aquela que tenha relação de proximidade, extrapolando os imóveis confinantes. Dessa forma, passa a abranger a zona urbana em que se encontra o imóvel.

O Código Civil (BRASIL, 2002) fala, ainda, em "limites ordinários de tolerância" dos moradores, demonstrando que existe um limite que deve ser suportado pelo vizinho, não havendo anormalidade nesse sentido.

E mais, o artigo 1278 expressa, ainda, que o interesse social tem prevalência sobre o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais provocadas pela propriedade vizinha, cabendo ao vizinho neste caso o direito de exigir a indenização e a redução ou a eliminação dessas interferências. O intuito das disposições civilistas consiste em tutelar o bem-estar social, sem desconsiderar o interesse dos vizinhos, como aponta Guilherme J. Purvin de Figueiredo (2004):

“Temos, de forma enfática, a introdução de um conceito solidário de vizinhança. Não se trata mais de buscar tão somente o bem estar pessoal delimitado no art. 554 do antigo Código Civil mas, muito mais do que isso, de contribuir para a sustentabilidade ecológica, econômica e social a partir de uma perspectiva local (p. 96).”

Ao conceito de vizinhança, que se pode denominar vizinhança alargada, solidária, o qual extrapola o limites dos confinantes e que envolve um grande número de habitantes, que aplica-se o Estudo de Impacto de Vizinhança.

As cidades constituem, ainda, sistemas abertos de alta complexidade e estão continuamente se alterando, ou seja, em constante troca com o meio que as circunda. A extensão dos impactos do ponto de vista social ou ambiental nela ocorridos vai depender da forma como se deu o desenvolvimento urbano.

Elida Séguin (2002b) declara:

“O Homem, ao tentar domar a Natureza, busca modificá-la para que ela atenda melhor aos seus propósitos e conforto humano. Criador e criatura atuam em simbiose. O homem constrói a cidade que vai contextualizá-lo e influenciá-lo, numa fetichização do espaço modificado (p. 34).”

Em face do crescimento desordenado das cidades, da necessidade de criação de um novo modelo visando ao alcance de um meio ambiente urbano ecologicamente equilibrado, houve a regulamentação dos artigos 182 e 183, da Constituição Federal (BRASIL, 2002), que dispõem sobre a Política Urbana. A sua regulamentação deu-se pela edição da Lei

nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (BRASIL, 2001), denominada Estatuto da Cidade, que estabeleceu parâmetros para os municípios elaborarem suas leis e planos urbanísticos.

Nota-se, ainda, grande preocupação não somente com os aspectos formais das relações urbanísticas, mas também com o meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida da população. No entender de Edésio Fernandes (2004, p. 320), o Estatuto da Cidade promove a interação entre o Direito Urbanístico e o Direito Ambiental.

O Estatuto da Cidade estabelece diretrizes a respeito da função social da cidade e das formas de torná-la sustentável, de aliar desenvolvimento urbano e sustentabilidade, priorizando ações voltadas para os segmentos mais pobres da população. A referida lei apresenta um instrumental a ser utilizado pelo Município, que deve adaptá-lo à sua realidade.

O Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) encontra-se previsto no Estatuto da Cidade como um dos instrumentos de democratização da gestão urbana, fazendo a intermediação entre os interesses dos empreendedores e o direito à qualidade urbana.

Esse instituto foi sendo construído ao longo do tempo, tendo como inspiração o Estudo de Impacto Ambiental, e já foi disciplinado por vários Municípios, muito antes de sua instituição pelo Estatuto da Cidade, portanto, já estava consagrado na prática.

A propriedade, em face do EIV, sofre restrições com o objetivo de assegurar de que a sua utilização particular não coloque em risco as garantias asseguradas a toda população.

É considerado o "mais importante instrumentos de atuação no meio ambiente artificial na perspectiva de assegurar a dignidade da pessoa humana". E ainda, o "EIV segue necessariamente os critérios impostos pelo artigo 225, IV da CF o que se traduz em instrumento de natureza constitucional" (FIORILLO, 2002, p. 74).

De fato, o Estudo de Impacto de Vizinhança tem também como objetivo compatibilizar os interesses econômicos e os direitos fundamentais, em especial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, constituindo, portanto, um instrumento para garantir a sua efetividade.

A ocupação e a utilização dos terrenos urbanos sempre produzem impactos no seu entorno que podem interferir na vida urbana. Quanto maior o empreendimento, maior será o impacto causado sobre a sua vizinhança e o Estudo de Impacto de Vizinhança visa tutelar a qualidade de vida no local.

O Poder Público não proíbe a realização do empreendimento, mas intervém a fim de evitar a ocorrência de transtornos à sociedade, sobretudo à circunvizinhança da área em que se instala o empreendimento.

O Estudo de Impacto de Vizinhança é o instrumento que objetiva compor esses conflitos. Seu resultado define a viabilidade ou não do empreendimento, fazendo-se necessárias a realização das adequações

necessárias ao meio no qual ele vai se inserir, se for o caso. O artigo 36, do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) assim estabelece:

“Art. 36. A Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicas em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.”

Desse modo, a realização do Estudo de Impacto de Vizinhança constitui pressuposto necessário para que a municipalidade expeça as licenças ou autorizações urbanísticas necessárias. A sua elaboração deve ser anterior à instalação do empreendimento, do mesmo modo como acontece com o Estudo de Impacto Ambiental. Cumpre à lei municipal definir os empreendimentos que estão sujeitos ao EIV, com base em critérios como o porte da obra e a região em que será executada e a finalidade a que se destina.

Percebe-se, portanto, que nos parâmetros a serem traçados pelos Municípios não podem prevalecer os interesses econômicos acima dos sociais e ambientais, visto que não é este o objetivo do instituto.

Deve-se enfatizar ainda que tanto o EIA como o EIV visam identificar possíveis impactos ambientais e socioeconômicos, servindo de instrumento para que prevaleçam padrões de produção e de consumo compatíveis com o desenvolvimento sustentável, que abrange aspectos sociais, econômicos e ambientais.

O artigo 37 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) contém o seguinte preceito:

“Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

I - adensamento populacional;

II - equipamentos urbanos e comunitários;

III - uso e ocupação do solo;

IV - valorização imobiliária;

V - geração de tráfego e demanda por transporte público;

VI - ventilação e iluminação;

VII - paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponí-

veis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Portanto, o grande objetivo do EIV consiste em garantir a qualidade de vida da população residente nas proximidades em que vai se realizar o empreendimento.

Cumpra ressaltar que esses são os aspectos gerais apresentados pelo estatuto federal das cidades, como conteúdo mínimo do EIV, cumprindo ao município estabelecer os critérios específicos, com todo o detalhamento necessário a fim de facilitar o trabalho da equipe multidisciplinar.

Há que se observar, no entanto, que esse estudo deve fazer uma análise acurada dos impactos de ordem social, econômica e ambiental que envolvem o empreendimento, como postula o documento elaborado pela Câmara dos Deputados (BRASIL, 2001).

“A aplicação do Estudo de Impacto de Vizinhança implica em muitos riscos e deve ser feita de forma cuidadosa. O impacto de vizinhança mais usualmente tratado é o impacto sobre o sistema viário e a semaforização, investimentos que, em última instância, beneficiam e valorizam - ou até mesmo viabilizam - alguns grandes empreendimentos. Assim, devemos levar em conta impactos que ultrapassem aqueles sobre o sistema viário: impactos de ordem ambiental (impermeabilização excessiva do terreno, aumento da temperatura), paisagística (impacto sobre paisagens de morros, dunas, vales, vista para frentes de água), econômica (impactos sobre o comércio e o serviços locais, ou sobre a produção de pequenos agricultores) e social (perda de empregos ou renda, sobrecarga dos equipamentos públicos) (p. 199).”

Deve ser avaliada, ainda, a compatibilidade do empreendimento com as atividades humanas que lhe são vizinhas e com os recursos naturais, como ar, água, solo. Nesse aspecto, deve haver previsão de áreas verdes não só para fins paisagísticos, mas com o objetivo de possibilitar o escoamento da água da chuva e também a manutenção da qualidade do ar. Não se pode olvidar a necessária análise relativamente à poluição sonora e visual a ser causada pelo empreendimento, bem como as possíveis alterações climáticas.

O artigo 38 do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) dispõe que a elaboração do Estudo de Impacto de Vizinhança não substitui a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental. Como aponta Elida Séguin (2002b), "o

EIV não substitui o EPIA, mas poderá ser incluído neste, aumentando-lhe o ângulo de abrangência com a participação da vizinhança da área que sofrerá o impacto ambiental" (p. 45).

No tocante à regulamentação legal, o Estudo de Impacto Vizinhança, pelo Município deve ter por fundamento a normatização que regula o Estudo de Impacto Ambiental, com as adequações necessárias ao objeto desse estudo, que transmudam as questões do meio ambiente natural para o meio ambiente humano. "A questão ambiental e a questão urbana apresentam-se intrincadas de modo forte e o ordenamento dos espaços urbanos aparece, sem dúvida, como instrumento da política ambiental", assinala Odete Medauar (2004, p. 25).

Apesar de serem institutos distintos, o fundamento constitucional de ambos é o mesmo, qual seja artigo 225, § 1º, IV. No âmbito da legislação infraconstitucional, o embasamento encontra-se primeiramente, a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (BRASIL, 1981), que estabelece em seu artigo 9º os instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, prevendo, em seu inciso III, "a avaliação de impactos ambientais".

Tanto o EIA como o EIV são avaliações de impactos ambientais, ambos têm enfoque interdisciplinar e abrangem os vários aspectos relacionados aos impactos que se desejam prever - o primeiro enfoque verifica os impactos perante os recursos naturais, o outro, as questões sociais. O Estatuto da Cidade (BRASIL, 1981) relaciona, em seu artigo 4º, os instrumentos da Política Urbana, estando previstos em seu inciso VI o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV).

Os dois instrumentos têm por objetivo evitar a implantação de determinados empreendimentos que possam vir a causar danos ao meio ambiente, à qualidade de vida da população, assegurando, assim, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Servem como indicativo para a decisão da administração pública, que deve levar em conta os anseios da população.

Dessa forma, a análise do caso concreto é que define os estudos que devem ser realizados, se apenas um deles, se os dois, ou se é necessária a realização de estudos ambientais simplificados, caso a atividade ou obra não se enquadre como potencialmente causadora de significativa degradação ambiental. A realização dos estudos é requisito para a expedição das licenças ambientais (Estudo de Impacto Ambiental) e urbanísticas (Estudo de Impacto de Vizinhança). Se houver necessidade de realização dos dois estudos, a decisão administrativa que determinar ou não a expedição dessas licenças deve ser harmônica e coerente.

4 Conclusão

O Estudo de Impacto Ambiental e Estudo de Impacto de Vizinhança têm como fundamento as disposições constitucionais que visam dar efetividade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e

também as disposições contidas na Lei nº 6.938/81 (BRASIL, 1981) e no Estatuto da Cidade. Dessa forma, por sua importância, esses instrumentos não podem, de forma alguma, servir tão-somente para cumprir um requisito formal para fins de licenciamento perante o órgão público competente.

Esses institutos são instrumentos fundamentais para a proteção ambiental e concretizam a ligação existente entre ser humano e meio ambiente, cuja necessidade de proteção visa a preservação da própria vida.

Notas

1 Biota: conjunto de seres vivos que habitam um determinado ambiente ecológico em estreita correspondência com as suas características fi-

sicas, químicas e biológicas. Refere-se a todas as espécies de animais e plantas existentes em uma determinada área.

Referências

AGUIAR, Joaquim Castro. **Direito da cidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Dos instrumentos da política urbana. In: MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (orgs.), **Estatuto da Cidade**: Lei 10.257, de 10.07.2001, comentários. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41-119.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**: as estratégias de mudanças da agenda 21. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Estatuto da cidade**: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. São Paulo: Instituto Polis, 2001.

_____. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Legislação brasileira**. Código Civil. 50. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Lei nº 5.197, de 03 de janeiro de 1967, *In*: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de legislação de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 407-411.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. *In*: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de legislação de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 563-571.

_____. CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE (CONAMA). Resolução nº 1, DE 23 de janeiro de 1986. *In*: FINK, Daniel Roberto *et al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 184-188.

_____. CONAMA. Resolução nº 6, de 16 de setembro de 1987. Disponível em: <<http://www.lei.adv.br/006-87.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2005.

_____. CONAMA. Resolução nº 9, de 3 de dezembro de 1987. FINK, Daniel Roberto *et al.* **Aspectos jurídicos do**

licenciamento ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 188-189.

_____. CONAMA. Resolução nº 10, de 3 de dezembro de 1987. Disponível em: <<http://www.lei.adv.br/010-87.htm>>. Acesso em: 9 jun. 2005.

BRASIL. CONAMA. Resolução nº 1, de 16 de março de 1988. Disponível em: <<http://www.lei.adv.br/001-88.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2005.

_____. Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988. *In*: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de legislação de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 431-433.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. *In*: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de legislação de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 1-231.

_____. Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. *In*: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de legislação de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 572-583.

_____. CONAMA. Resolução nº 10, de 6 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/leis_internet/uso_solo/mineracao/resconama_1090.htm>. Acesso em: 05 abr. 2005.

_____. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, *In*: **Estatuto da Terra**. 17. ed. Coleção Saraiva de Legislação. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 373-384.

_____. CONAMA. Resolução nº 2, de 18 de abril de 1996. Disponível em: <<http://www.lei.adv.br/002-96.htm>>. Acesso em: 9 jun. 2005.

_____. CONAMA. Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. FINK, Daniel

Roberto et al. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 189-200.

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. *In*: MEDAUAR, Odete. **Coletânea de legislação de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 395-406.

_____. Decreto nº 3.942, de 27 de setembro de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3942.htm. Acesso em: 2 mar 2005.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Lei nº 10.605, de 16 de abril 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 2 maio 2005.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Cidades sustentáveis**: subsídios à elaboração da agenda 21 brasileira. Brasília: Consórcio Parceria 21 IBAM-ISER-REDEH, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1999.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. **O conflito de vizinhança e sua composição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

FERNANDES, Edésio. Desenvolvimento sustentável e a política ambiental no Brasil: Confrontando a questão urbana, *In*: LIMA, André (org.), **O direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 351-370.

FERNANDES Edésio, Estatuto da cidade: promovendo o encontro das agendas "verde" e "marrom". *In*: FERREIRA,

Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.), **Estado de Direito Ambiental**: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 293-330.

FERNANDES, Paulo Victor. **Impacto ambiental**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2004.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A propriedade no Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Direito a cidades sustentáveis no âmbito da tutela constitucional do meio ambiente artificial. *In*: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Estado de Direito Ambiental**: tendências: aspectos constitucionais e diagnósticos, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 271-292.

_____. **Estatuto da cidade comentado**: Lei 10.257/2001: lei do meio ambiente artificial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Sebastião Valdir. **Direito Ambiental brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Direito Urbanístico**: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. Visão sistêmica no Direito Ambiental pátrio. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 8., 2004. São Paulo. **Anais...** São Paulo: Instituto por um Planeta verde, 2004, p. 521-532.

_____. A tutela do constitucional do meio ambiente. **Revista Trimestral de Advocacia Pública**. IBAP: São Paulo, v. 29, fev. 2005, p. 117-132.

_____. Direito e dever ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o estudo de impacto ambiental. *In*: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 9. 2005. São Paulo. **Anais...** São Paulo: Instituto por um Planeta verde, 2005, vol. 2, p. 183-194.

MEDAUAR, Odete. Diretrizes gerais. *In* MEDAUAR, Odete; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (coord.). **Estatuto da cidade**. Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 15-40.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**: doutrina, prática e jurisprudência, glosário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MILARÉ, Edis. Estudo Prévio de Impacto Ambiental no Brasil. *In*: PLANTENBERG, Clarita Muller-; AB' SABER, Aziz Nacib (orgs.). **Previsão de impactos**. 2. ed. São Paulo: USP, 2002, p. 51-83.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Impacto ambiental**. Aspecto da legislação brasileira. 2. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva M. de; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Direito, meio ambiente e cidadania**. Uma abordagem interdisciplinar. São Paulo: WVC Editora, 2004.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1991.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: nossa casa planetária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Estatuto da cidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SOARES, Lucélia Martins. Estudo de Impacto de Vizinhança. *In* DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ Sérgio (coords.). **Estatuto da cidade**: comentários à lei federal 10.257/2001, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 287-303.

Operações Estruturadas de Financiamento em Saneamento e Infra-Estrutura desenvolvidas na CAIXA

Helena Discini Silveira

*Advogada da CAIXA em Belo Horizonte/MG
Especialista em Direito Público pela UGF/RJ*

RESUMO: Em linguagem simples, o artigo aborda aspectos fundamentais das Operações Estruturadas de Financiamento em Saneamento e Infra-Estrutura desenvolvidas pela CAIXA, a partir da apresentação realizada no dia 22 de julho de 2005, em Brasília/DF, por ocasião da 2ª Reunião Temática da GEAJU - Gerência Nacional de Atendimento Jurídico. Serão analisadas as principais características do project finance modalidade geralmente destinada ao financiamento de grandes obras e aplicável às Parcerias Público-Privadas (PPP), dentre elas parte da terminologia adotada, análises técnicas necessárias à montagem da estrutura contratual e garantias, de modo a assegurar o sucesso do empreendimento e, conseqüentemente, o retorno do capital mutuado.

Palavras-Chave: Operações Estruturadas. Infra-Estrutura. Saneamento Básico. Project finance.

1 Introdução

Tradicionalmente, para que se defina o montante de recursos destinado a financiamento para determinada empresa, as instituições financeiras avaliam sua capacidade de pagamento ou de endividamento. Essa estrutura é denominada "financiamento corporativo", ou *corporate finance*.

Entretanto, na realização de projetos de grande porte, normalmente relativos à infra-estrutura, tais como construção de estações de tratamento de água, esgoto e lixo ou ainda de rodovias etc., o modelo geral de financiamento não se mostra viável na maioria das vezes, pois raras são as empresas que possuem análise de risco (*rating*) capaz de garantir o empréstimo de um volume de recursos suficiente à execução da obra.

Somando-se a isso a crescente participação da iniciativa privada em projetos até então desenvolvidos exclusivamente pelo setor público, foi

necessário o desenvolvimento e adaptação dos modelos até então existentes, de forma a viabilizar a continuidade dos financiamentos voltados para a infra-estrutura e garantindo, ao mesmo tempo, a execução dos projetos e o retorno do capital.

Assim, na década de 90, quando o País passou a transferir ao setor privado parte das atividades até então concentradas pelo Poder Público, por meio das concessões e privatizações, os financiadores passaram a utilizar-se do "financiamento do projeto", ou *project finance*, como nova modalidade de colaboração financeira e alternativa capaz de garantir a continuidade e o aumento dos financiamentos.

Em virtude disso, foi necessário adotar e adaptar à realidade brasileira toda a estrutura inerente ao *project finance*, já utilizado em diversos países. O novo modelo, que permite aos financiadores a análise e segregação do risco do projeto a ser desenvolvido, aplica-se também às Parcerias Público-Privadas, onde Estado e setor privado buscam, juntos, atender às necessidades de investimentos em infra-estrutura, compartilhando riscos e benefícios gerados pelo projeto.

Como esta análise não pretende esgotar o assunto, consistindo em uma abordagem básica das operações estruturadas de financiamento desenvolvidas na CAIXA, parte da terminologia utilizada ou prevista num *project finance* puro não será enfocada, por distanciar-se do objetivo proposto.

2 Operações Estruturadas

Em suas normas internas, a CAIXA¹ assim enfoca as operações estruturadas de financiamento desenvolvidas pela Superintendência Nacional de Saneamento e Infra-Estrutura (SUSAN):

“No mercado financeiro nacional e internacional, a terminologia de ‘operação estruturada’ é empregada para expressar um conjunto de serviços prestados a um cliente, em geral de grande porte, caracterizada principalmente pela atividade de assessoramento jurídico e financeiro, na busca de soluções financeiras e conseqüentemente disponibilização de produtos estruturados criados especialmente para atender às demandas específicas de investimento e/ou de proteção do balanço do cliente.

Considera-se operação estruturada de financiamento a aplicação de variadas técnicas de engenharia financeira por meio de estruturas elaboradas para atender às necessidades do cliente e/ou do projeto, utilizando instrumentos operacionais que pos-

sibilitam, em comum acordo com os interessados no sucesso do empreendimento, buscar as melhores alternativas para as fontes de financiamento de um projeto, inclusive com a participação de outras instituições financeiras.”

Como modalidades financeiras previstas, tem-se o *corporate finance* e o *project finance*. Todavia, outras soluções são abordadas no âmbito das operações estruturadas desenvolvidas na CAIXA, tais como as fusões e aquisições, as securitizações de recebíveis, os empréstimos consorciados e a reestruturação societária, que podem ou não coexistir dentro de uma das referidas modalidades.

A complexidade é a principal característica de uma operação estruturada, uma vez que serão aplicadas, dentre as opções disponíveis, as mais adequadas à natureza do projeto a ser desenvolvido em relação à empresa tomadora, mediante a criação de um produto personalizado. Consequentemente, o prazo de elaboração é longo, tem custo operacional mais elevado e exige das áreas envolvidas o domínio das normas aplicáveis, tanto no âmbito interno (manuais normativos da CAIXA, Resoluções de Diretorias, Circulares etc.) quanto externo.

2.1 Corporate Finance

O financiamento corporativo tradicional tem seu principal foco na capacidade de pagamento da empresa, e não do projeto. As garantias normalmente exigidas são hipoteca, fiança dos sócios ou de terceiros, notas promissórias etc.

Seus principais riscos consistem na ausência de garantia aos financiadores de que os recursos recebidos estão sendo de fato aplicados no empreendimento e na possibilidade de a empresa passar a dedicar-se a outros projetos que comprometam sua estrutura financeira e, assim, inviabilizem o pagamento do empréstimo.

2.2 Project finance

O *project finance* implica na elaboração de uma estrutura complexa e única para cada operação, com foco no risco e na capacidade de pagamento do próprio projeto e tendo como principal garantia seu fluxo de caixa, e não exclusivamente a capacidade de pagamento do tomador. Os contratos são elaborados a partir da análise e dimensionamento dos riscos existentes, sejam eles econômicos, financeiros, políticos, jurídicos etc., que poderão ser minimizados mediante a adoção de garantias e contratação de seguros.

A flexibilidade também é apontada como característica marcante em um *project finance*, pois, ao longo do desenvolvimento de uma ope-

ração, poderão surgir fatores não previstos, cabendo a todos os participantes o monitoramento constante e abrangente para adaptação da estrutura proposta à realidade. HÉLIO CABRAL MOREIRA² bem exemplifica o surgimento de situações imprevistas ao mencionar as dificuldades enfrentadas pela França e Inglaterra quando da construção do Eurotúnel: do lado francês, a máquina perfuratriz quebrou, provocando atrasos e custos adicionais. Esta possibilidade não tinha sido prevista. Do lado inglês, contrariamente aos cálculos dos geólogos, a perfuratriz encontrou terrenos com muita água, obrigando a um trabalho em um ambiente alagado. Portanto, mais vagaroso e com custos muito maiores.

John D. Finnerty define *project finance* como "engenharia financeira baseada em ativos"³, ou seja, a captação de recursos para financiar determinado projeto mediante a transferência de ativos a uma empresa (SPE) criada com o propósito específico de desenvolvê-lo e implantá-lo, resultando em uma estrutura contratual de compartilhamento de riscos e garantias entre as partes envolvidas.

A origem do *project finance* remonta à década de 70, quando o Reino Unido expandia suas plataformas continentais de exploração de petróleo e gás⁴. Como os investimentos necessários eram muito altos e o risco elevado, os participantes optaram pela divisão de risco do negócio. Além do Eurotúnel são exemplos de *project finance* no mundo a North-South Expressway (Malásia), Sydney Harbour Tunnel Austrália); no Brasil temos a NovaDutra (Rodovia Presidente Dutra), financiada pelo IFC (International Financial Corporation, uma entidade do Grupo Banco Mundial incumbida de investir em projetos do setor privado em países em desenvolvimento) e o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), a Ponte Rio-Niterói⁵, a modernização e expansão da SPVIAS (Rodovias Integradas do Oeste S/A), financiada pela CAIXA e pelo BNDES. Recentemente, com recursos do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), a CAIXA contratou sua primeira operação na modalidade *project finance* não afeta à área de saneamento e infra-estrutura: o financiamento da construção das unidades habitacionais da Vila Pan-Americana, que serão utilizadas para abrigar os atletas e comitivas participantes dos Jogos Pan-Americanos Rio/2007.

Um *project finance* classifica-se em *full-recourse*, *limited-recourse* ou *non-recourse*. *Full-recourse* quando os patrocinadores e/ou acionistas se responsabilizam, por meio de garantias convencionais, pelo pagamento total do empréstimo, na condição de fiadores/avalistas. *Limited-recourse* quando os financiadores não recebem garantias totais da sociedade e patrocinadores, podendo contar, entretanto, com garantias compostas tanto pelos recursos oriundos do empreendimento quanto por outras tradicionais em operações de financiamento, tais como hipoteca, penhor de ações/quotas da SPE etc. Na modalidade *non-recourse*, o financiador depende exclusivamente do fluxo de caixa do projeto para a quitação da dívida.

CLÁUDIO BONOMI⁶ adverte que, devido aos riscos envolvidos, mesmo mundialmente raros são os casos de *project finance* puro, "baseados exclusivamente nos recebíveis, com compartilhamento claro dos riscos entre o patrocinador, o adquirente da produção, o escritório de engenharia e o construtor, os bancos financiadores e, por fim, os investidores."

3 Início de um *Project finance*

Tipicamente destinado às grandes obras, de um modo geral um *project finance* está associado a uma concessão pública, nos moldes da Lei nº 8.987, de 13.02.95. Publicado o edital de licitação, é dado o prazo de 30 a 90 dias para que as empresas interessadas participem sob a forma de consórcios. Entregue a documentação de habilitação e participação desses consórcios e após a abertura das propostas, os participantes do consórcio vencedor constituem a Sociedade de Propósito Específico, que formalizará o Contrato de Concessão com o Poder Concedente.

Após a assinatura do Contrato de Concessão, a SPE buscará as fontes de recursos (*funding*) para o empreendimento, iniciando-se uma longa negociação com os possíveis credores até que seja formalizada a estrutura contratual e assinado o contrato de financiamento. Em sua maioria, as operações de *project finance* contam com, no mínimo, duas fontes de recursos: a primeira consiste no próprio capital dos acionistas (SPE), o que demonstra, perante os financiadores, a credibilidade do projeto; a segunda, proveniente dos credores, pode derivar de recursos próprios, emissão de títulos, linhas de financiamento do BNDES, recursos de fundos como FAT e FGTS, agências multilaterais de crédito, bancos internacionais, fundos de pensão etc.

Não raro, até que se concluem as negociações e os recursos disponíveis para o financiamento sejam liberados, o prazo que se aproxima de um ano, podendo estender-se, os acionistas lançam mão dos próprios recursos para iniciar o empreendimento, a fim de que mantenham em dia as obrigações e prazos relativos ao andamento das obras assumidos junto ao Poder Concedente, evitando a aplicação de sanções contratuais que podem culminar na extinção da concessão, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.987/95.

As negociações têm início a partir do estudo de viabilidade do projeto, preparado pelos integrantes da SPE e apresentado aos financiadores, momento em que será avaliada a adequação técnica e econômica do empreendimento. A primeira análise identificará a fase em que o projeto se encontra e os riscos de uma maneira geral. Em relação à obra a ser desenvolvida, um *project finance* será denominado *greenfield* (projeto novo) ou "expansão", como no caso do financiamento concedido à Rodovias Integradas do Oeste S/A comentado no item anterior.

4 Participantes de uma Operação Estruturada da CAIXA

Uma operação estruturada de financiamento em saneamento e infraestrutura é composta do Gestor da Aplicação, Gestor dos Recursos, Agente Financeiro, Agente Fiduciário (adaptação do *trustee*), Mutuário (Sociedade de Propósito Específico - SPE), Sócios ou Acionistas, Poder Concedente, Seguradoras e Consórcio Construtor.

Essa nomenclatura básica também é adotada nas demais operações na modalidade *project finance* não relacionadas a saneamento e infraestrutura desenvolvidas por outros financiadores, à exceção do Gestor da Aplicação, na forma aqui caracterizado.

4.1 Gestor da Aplicação

Esta posição é ocupada pelo Ministério das Cidades que, nas operações estruturadas com recursos do FGTS, é responsável pelo enquadramento, hierarquização e seleção das propostas de financiamento.

4.2 Gestor dos Recursos

Instituição financeira ou agência multilateral de crédito, na condição de fornecedor de recursos.

4.3 Agente Financeiro

Papel desempenhado pela CAIXA ou outras instituições financeiras responsáveis pelo financiamento da operação.

4.4 Agente Fiduciário (*trustee*)

Trust, no direito anglo-saxão, é um contrato financeiro em que alguém, um grupo de pessoas ou uma entidade, denominado *trustee*, investe ou guarda dinheiro de outrem, que lhe é transferido fiduciariamente.

No Brasil, figura do agente fiduciário consiste em uma adaptação do *trustee*, sendo responsável pela prestação de serviços técnicos de acompanhamento dos contratos, notadamente o monitoramento das garantias prestadas (*covenants*).

As atividades desenvolvidas pelo agente fiduciário devem ser estipuladas contratualmente (obrigação de fazer) e, como envolvem risco e são passíveis de responsabilidade, poderá ser contratado seguro que garanta o cumprimento dessas atribuições.

Na CAIXA, as atribuições do agente estão relacionadas ao controle do fluxo de recebíveis, monitoramento de contas vinculadas, controle de valores financeiros destinados a pagamento de valores das prestações mensais devidas, monitoramento diário do valor das garantias (in-

clusive nas operações de crédito com garantia de penhor mercantil e cessão de recebíveis), fiscalização da SPE e seu gestor administrativo e financeiro, nos termos do subitem 2.4 da Circular CAIXA nº 280, de 22.01.2003. Ressalte-se ainda a possibilidade de a própria CAIXA desempenhar as atribuições do agente fiduciário.

4.5 Mutuário

No âmbito das operações estruturadas de financiamento em saneamento e infra-estrutura da CAIXA, podem ser tomadores dos recursos os Estados, Municípios, Distrito Federal, além de empresas estatais não dependentes e sociedades de propósito específico (SPE), adaptação de *Special Purpose Company* (SPC).

Na mencionada Circular nº 280, de 22.01.2003, a CAIXA definiu as condições e procedimentos operacionais básicos para análise e contratação de operações de crédito estruturadas por intermédio de uma SPE, dentre as quais destacam-se:

- constituição do mutuário (SPE), sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (na prática, também é admitida a sociedade anônima, desde que de capital fechado);
- contratação de agente fiduciário habilitado perante o Agente Operador;
- existência de disposições no contrato social que vedem a manutenção de quadro funcional próprio, exceção feita ao gestor administrativo/financeiro;
- proibição de contrair dívida adicional além daquela que seja imprescindível ao objeto para o qual foi criada, bem como de assumir/garantir débito de acionista ou terceiros.

Em um *project finance*, o mutuário será invariavelmente uma Sociedade de Propósito Específico, o que garante a segregação do capital dessa empresa (composto do fluxo de caixa do projeto) em relação ao empreendimento e ao capital de suas acionistas/quotistas.

A criação de uma SPE permite que o consórcio vencedor do processo de licitação detenha personalidade jurídica e, como diz seu próprio nome, passe a executar especificamente o objeto constante do edital e do contrato de concessão, devendo extinguir-se após o cumprimento dessa finalidade. A exigência de sua criação decorre da própria Lei 8.987/95, que em seu art. 20 assim determina:

“É facultado ao Poder Concedente, desde que previsto no edital, no interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.”

A suposta "faculdade" de constituição da SPE deverá, entretanto, ser interpretada como obrigatoriedade, haja vista a impossibilidade de celebração do contrato de concessão entre o Poder Concedente e o consórcio vencedor da licitação e a caracterização de afronta à finalidade da norma, qual seja, o *interesse do serviço a ser concedido*.

Dentre os benefícios de contratação com a SPE, destaca-se ainda a facilidade de fiscalização de suas atividades, balanços, compromissos financeiros assumidos etc., conferindo maior garantia aos credores e também ao Poder Concedente, em virtude do longo prazo tanto dos financiamentos quanto da duração das concessões, estas variando de 20 a 30 anos.

Em um *project finance*, é usual que uma SPE adote a forma de sociedade anônima, estrutura que permite maior facilidade de acesso ao mercado de capitais e aumenta suas alternativas para a captação de recursos; contudo, também se verifica, em alguns casos, a existência de sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

No caso de falência ou desinteresse de um dos sócios, é possível sua retirada e substituição, observado que, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.987/95, impõe-se a anuência do Concedente no caso de transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, sob pena de caducidade da concessão.

4.6 Acionistas

São os patrocinadores (*sponsors*) do projeto, ou seja, aquelas empresas que integram a composição societária do mutuário. Participam dos contratos de financiamento na condição de intervenientes, podendo também contrair obrigações e prestar garantias.

4.7 Poder Concedente

Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 8.987/95, considera-se Poder Concedente *a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão*.

O art. 29 da referida Lei dispõe sobre as obrigações do Poder Concedente:

*"Art. 29. Incumbe ao poder concedente:
I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;*

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.”

4.8 Seguradoras

Não existe operação estruturada ou *project finance* que não dependa de uma boa política de seguros, já que sua elaboração tem por base os riscos do projeto. Uma vez identificados, serão contratados seguros cujas apólices (*performance bonds*) darão cobertura aos riscos de engenharia, lucros cessantes e responsabilidade civil, destinados a eventos tais como o aumento do preço da construção, atraso na finalização das obras, destruição de equipamento, indenizações etc., devendo ser mantidas até a conclusão do empreendimento.

Na contratação dos seguros, normalmente a SPE figura como tomadora e, em caso de sinistro, os direitos de ressarcimento serão subrogados aos financiadores, podendo também existir previsão para depósito nas contas bancárias do empreendimento, tratadas adiante.

4.9 Consórcio Construtor - EPC

Também chamado de *Engineering, procurement & construction* (EPC), os contratos de construção de obras de grande porte são de origem anglo-saxã, possuindo pontos em comum com os contratos de empreitada global previstos em nosso ordenamento jurídico. Os contratos firmados entre a SPE e os epcistas como são costumeiramente chamados os construtores, além de garantirem preço fixo de construção e montagem, representam o compartilhamento de riscos de engenharia e construção entre esses dois partícipes, devidamente segurados por apólices próprias (seguro de garantia de construção/executante construtor).

Os contratos do tipo EPC podem relacionar-se à construção de toda obra ou de parte dela, sendo habituais os chamados contratos *turn key*, nos quais o objeto da contratação é a entrega completa do empreendimento. Embora desejável um contrato de empreitada global, na prática existem casos onde é adotada a forma mista, cabendo à SPE o fornecimento de parte do material, enquanto o epcista fica incumbido de outros, bem como dos serviços relativos à execução da obra. Entretanto, a opção por esse tipo de contrato misto é mais arriscada, uma vez que o atraso na entrega de determinado material de responsabilidade da SPE influirá nos trabalhos do epcista, gerando o atraso de toda a obra. Ocorrendo prejuízos, será necessário mensurar o impacto desse atraso em todo o projeto, considerando-se eventualmente a hipótese de o empreiteiro já estar em mora quando da interrupção do fornecimento.

Submeter questões como essas à apreciação do Judiciário provavelmente implicaria em longos anos de espera, principalmente em virtude de sua complexidade, da necessidade de perícias etc. Assim, é comum a previsão da arbitragem, como também é normal que os financiadores exijam contratos de empreitada global, sob pena de tornarem mais onerosos os recursos disponibilizados.

Em relação ao custo dos contratos do tipo EPC, duas das disposições do Código Civil que tratam da empreitada (arts. 610 a 626) merecem destaque como fatores majoradores do custo: primeiro a garantia de 5 anos em relação à solidez e segurança da obra (art. 618) e depois a possibilidade de o empreiteiro suspender a obra *quando, no decorrer dos serviços, se manifestarem dificuldades imprevisíveis de execução, resultantes de causas geológicas ou hídricas, ou outras semelhantes, de modo que torne a empreitada excessivamente onerosa, e o dono da obra se opuser ao reajuste do preço.*

Importante ressaltar que nem sempre a execução da obra depende da contratação de outras empresas, pois em muitos casos uma ou mais empresas acionistas da própria SPE se encarregarem de construí-la, podendo inclusive retirar-se da sociedade após a conclusão dos trabalhos e a recuperação dos recursos investidos, alienando sua participação.

5 Análises necessárias

Com a finalidade de mitigar os riscos do empreendimento, é preciso que os financiadores classifiquem e mensurem cada um deles, com destaque para o risco de construção (abandono, não conclusão, atraso), risco de mercado (flutuação dos preços, da demanda, da moeda), risco político (desapropriações, custos e tarifas).

A CAIXA realiza as seguintes análises: técnica de engenharia, técnica social (quando o trabalho social fizer parte do projeto), econômico-financeira, da estrutura de seguros, risco do projeto/acionistas, crédito e análise jurídica.

Em virtude da natureza das operações, as análises são abrangentes e têm por objetivo apontar os riscos envolvidos, a fim de que possam ser desenvolvidas soluções mitigativas que integrarão o corpo dos contratos.

Na análise de risco de crédito — efetuada com base na metodologia adotada pelas agências de *rating*⁷ —, serão conferidos conceitos às empresas interessadas em obter o financiamento. As principais variáveis analisadas são nível de endividamento, flexibilidade de re-financiamento (ou aumentar endividamento), liquidez, participação de mercado, desempenho relativo a outras empresas do setor, administração, situação econômica, leis e regulamentação de mercado. Os conceitos variam de AAA (segurança máxima) a DDD (alto risco de insolvência). Melhores conceitos obviamente garantem a prática de melhores juros nos empréstimos, ao passo que conceitos C (risco de insolvência) e D podem inviabilizar sua concessão.

Não obstante a importância de todas as tipos de análise aqui mencionadas, pretende-se maior enfoque da análise jurídica das operações estruturadas de financiamento.

Não existe uma fórmula a ser seguida, cabendo aos profissionais envolvidos valerem-se do maior número de informações possíveis, experiências e estudos de casos semelhantes. Assim, para que sejam definidos os pontos a serem observados em uma análise jurídica, deve-se ter em mente a necessidade de questionamento do maior número de situações de âmbito jurídico que possam apresentar risco ao bom desenvolvimento do projeto, bem como ao retorno do capital mutuado, dentre elas o edital e contrato de concessão, a legislação estadual/municipal pertinente, as hipóteses de extinção da concessão (art. 35 da Lei nº 8.987/95), atos constitutivos da SPE e composição societária, certidões e ações judiciais movidas contra a SPE (com destaque para possíveis ações civis públicas).

Freqüentemente a análise jurídica dependerá das demais, bem como da quantidade de informações disponibilizadas aos advogados encarregados da sua elaboração. Questões como a possível falência de uma das acionistas da SPE, sanções aplicadas pelo Poder Concedente que podem ocasionar a extinção da concessão, problemas em relação à titularidade

da área onde será realizado o empreendimento ou na integralização de capital da SPE constituem hipóteses a serem observadas no momento da análise jurídica.

Especificamente em relação à regularidade dos procedimentos licitatórios, a área jurídica da CAIXA consolidou entendimento no seguinte sentido: como a organização político-administrativa brasileira caracteriza-se pela autonomia de seus entes — União, Estados, Distrito Federal e Municípios —, nos termos do art. 18 da Constituição Federal, inexistente embasamento legal para que qualquer órgão distinto daqueles que tenham por competência a fiscalização desses entes, a exemplo dos Tribunais de Contas, passe a avaliar os aspectos legais de atos praticados pelo Poder Executivo. Assim, a CAIXA só poderia manifestar-se sobre a legalidade de determinado procedimento licitatório se estivesse investida do poder de fiscalização.

Em que pese o acertado posicionamento da CAIXA e a ausência de determinação legal para referida fiscalização, nas operações estruturadas é prudente que o jurídico observe, apenas no âmbito interno, a solidez do contrato de concessão como um todo, com a finalidade única de apontar eventuais riscos de não conclusão do projeto que impossibilitem cumprimento das obrigações financeiras assumidas pela SPE junto ao Agente Financeiro.

6 Estrutura de Garantias

Uma vez mensurados os riscos, será elaborada a estrutura de garantias (*security package*) do projeto. Normalmente são oferecidos aos credores o penhor dos direitos emergentes da concessão/empreendimento (arrecadação tarifária, até o limite que não comprometa a continuidade do serviço prestado pelo concessionário), fiança bancária e/ou dos sócios, penhor das ações/quotas, hipotecas, apólices de seguros etc. Contudo, importante ressaltar que, nessa modalidade de financiamento, muitas das garantias tradicionais podem mostrar-se inócuas na prática, em virtude da dificuldade em executá-las.

Em um *project finance* são também consideradas garantias as obrigações de fazer e de não fazer (*covenants*) constantes dos contratos, que têm por objetivo reduzir as variações do fluxo de caixa do projeto. Basicamente, consistem em limitar o endividamento da SPE, impedir a assunção de novas obrigações e garantir o capital de giro necessário ao desenvolvimento do projeto. Constituem exemplo de *covenants*:

- manter em situação regular as obrigações junto aos órgãos de meio-ambiente, segurança e medicina do trabalho durante o prazo de vigência do contrato;
- apresentar periodicamente balancetes aos financiadores;
- depositar todos os recursos provenientes da concessão em determinada conta-corrente;

- não realizar distribuição de dividendos e pagamento de juros sobre o capital próprio até a quitação do saldo devedor;
- não assumir dívidas durante todo o período de vigência do contrato sem a prévia e expressa anuência do(s) credor(es);
- permitir livre acesso ao(s) credor(es) para acompanhar e fiscalizar o cumprimento do contrato, disponibilizando informações, documentos e serviços que lhe forem solicitados.

O estabelecimento das *covenants* faz sentido mediante a previsão da penalidade de suspensão dos desembolsos referentes ao financiamento ou de vencimento antecipado do contrato. Entretanto, conforme a natureza da obrigação descumprida, é comum existir cláusula garantindo um "período de cura", prazo concedido pelo credor para que o mutuário regularize sua situação.

Outra medida apta a garantir o fluxo de caixa necessário ao cumprimento das obrigações assumidas consiste na previsão de contas-correntes de titularidade do tomador que devem ser mantidas durante o prazo de vigência do contrato, pelas quais transitarão todos os recursos do empreendimento, inclusive os recebíveis. Basicamente, serão constituídas quatro contas de garantia:

- conta centralizadora: centraliza a totalidade da receita do empreendimento, inclusive as fontes de receita alternativas⁸ (art. 11 da Lei nº 8.987/95);
- conta despesas: destinada ao pagamento das despesas decorrentes da execução do empreendimento, tais como tributos, despesas operacionais, encargos sociais, prestações do contrato de financiamento;
- conta reserva: acumula saldo referente ao pagamento de "x" prestações mensais;
- conta livre movimentação: recebe recursos que superem a composição das contas reserva e despesas.

7 Instrumentos contratuais normalmente utilizados

Em uma operação de *project finance* realizada pela CAIXA, geralmente serão firmados os seguintes contratos:

- Contrato de Financiamento (*loan agreement*): determina valores e condições do empréstimo, assim como obrigações de fazer e de não fazer, hipóteses de inadimplemento e vencimento antecipado;
- Contrato de Penhor de Ações (*share pledge agreement*) da SPE em favor dos credores;
- Contrato de Penhor dos Direitos Emergentes da Concessão e administração das contas de garantia;
- Contrato de Compartilhamento de Garantias: utilizado quando a operação possuir mais de um credor (denominadas operações

consociadas), tem por objeto determinar o percentual das garantias pertencentes a cada um.

Outros contratos poderão ser utilizados, tais como contrato de cessão de direitos relacionados a seguros (determina que eventuais indenizações sejam depositadas nas contas bancárias ou cedidas aos credores) da concessão, contratos de termos comuns (define os termos utilizados nos contratos do empreendimento). Geralmente a CAIXA opta por não formalizar referidos contratos, inserindo-os, se for o caso, como cláusulas do próprio Contrato de Financiamento.

8 Conclusão

As operações estruturadas desenvolvidas pela CAIXA permitem a aplicação de técnicas de engenharia financeira que objetivam atender às necessidades específicas de cada mutuário. Sua elaboração é complexa, dispendiosa e exige prazo superior àquele previsto para os demais financiamentos.

Dentre as modalidades de operações estruturadas de financiamento em infra-estrutura e saneamento básico, o *corporate finance* tem foco na capacidade de pagamento da empresa, enquanto que o *project finance* tem foco na capacidade de pagamento do projeto. Ambas as estruturas, entretanto, são calcadas na credibilidade do devedor.

Não obstante sua complexidade e as dificuldades iniciais de adaptação, o *project finance* consagrou-se no país como um conjunto de técnicas viáveis para financiamentos de grandes obras, especialmente aquelas relacionadas à infra-estrutura, e sua modelagem será utilizada também nas Parcerias Público-Privadas.

Embora cada projeto seja analisado de forma integrada, com base nos riscos envolvidos, a harmonização, aplicação e monitoramento das disposições constantes das cláusulas contratuais, bem como a flexibilidade do empreendimento constituem um dificultador para os participantes, já que seus objetivos são diferentes.

Efetuada as análises corretas e a mitigação dos riscos, as possibilidades de vencimento antecipado, inadimplência e execução das garantias apresentam-se mais remotas em um *project finance* que nos financiamentos tradicionais.

Notas

- 1 Manual Normativo SA 052 02, subitens 3.1 e 3.4.
- 2 MOREIRA, Hélio Cabral. **Project finance**. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/especial/projectf.pdf>. Acesso em 17 de nov. 2005.
- 3 FINNERTY, John D. **Project finance: engenharia financeira baseada em ativos**. Rio de Janeiro: Quality Editora, 1996.

- 4 BONOMI, Cláudio Augusto; MALVESSI, Oscar. **Project finance no Brasil: fundamentos e estudos de casos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 64.
- 5 *Ibid.* p. 15.
- 6 *Ibid.* p. 14.
- 7 Entre as principais agências internacionais de classificação de risco estão Standard & Poor's, Moody's e a Fitch (surgida da fusão da Fitch IBCA com a DCR); entre as brasileiras temos a SR Rating.
- 8 Nos contratos de concessão de rodovias, por exemplo, é comum que o concessionário, mediante autorização do Poder Concedente, explore outras fontes de receita além do pedágio, a exemplo do aluguel de espaço destinado à propaganda.

Referências

- BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de Serviços Públicos**. 2. ed. São Paulo: Juruá, 1999.
- BONOMI, Cláudio Augusto; MALVESSI, Oscar. **Project finance no Brasil: fundamentos e estudos de casos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004
- BORGES, Luiz Ferreira Xavier. **Covenants: instrumento de garantia em project finance**. Disponível em <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1106.pdf> . Acesso em 17 de novembro de 2005.
- BRASIL. SINAENCO. II Encontro Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva. Recife, 1996. Disponível em <http://www.sinaenco.com.br/that/encontr/segundo/index.htm> . Acesso em 11 de novembro de 2005.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedade Anônima**. v. 4, tomo II. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FINNERTY, John D. **Project finance: engenharia financeira baseada em ativos**. Rio de Janeiro: Quality Editora, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MONTEIRO FILHA, Dulce Corrêa; DE CASTRO, Marcial Pequeno Saboya. **Project finance para a indústria: estruturação de financiamento**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v.7, n.14, 107-124, dezembro 2000.
- MUKAY, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Da responsabilidade pessoal do sócio-gerente pelas obrigações tributárias na hipótese de dissolução irregular de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada

Andréia Amarilho

*Advogada da Caixa em Santa Catarina.
Especialista em Direito Processual Civil pela UFSC.
Especializanda em Direito Tributário.*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo verificar o cabimento da responsabilidade pessoal do sócio-gerente pelas obrigações tributárias, na hipótese de dissolução irregular de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, tendo em vista que a dissolução irregular importa em prejuízo aos credores.

Palavras-chave: Responsabilidade tributária pessoal. Sócio-gerente. Dissolução irregular. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

1 Introdução

O artigo 134, do Código Tributário Nacional trata da responsabilidade de terceiros pela obrigação tributária principal, na hipótese de não ser possível o cumprimento pelo contribuinte. As pessoas elencadas no referido artigo respondem solidariamente pelo cumprimento da obrigação tributária, incluindo os sócios, na hipótese de liquidação de sociedade de pessoas.

Já o artigo 135, do Código Tributário Nacional, prevê a responsabilidade pessoal de diretores, gerentes ou até mesmo representantes de pessoas jurídicas de direito privado pela obrigação tributária, quando praticarem atos com excesso de poderes ou infração da lei, do contrato social ou de seus estatutos.

O objetivo deste artigo científico é verificar o cabimento da responsabilidade tributária pessoal do sócio-gerente pelas obrigações tributárias na hipótese de dissolução irregular de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Isto porque, a dissolução irregular implica em prejuízo aos credores. O método utilizado neste artigo é o indutivo.

2 Desenvolvimento

Antes de se abordar o mérito da presente questão, faz-se mister apresentar alguns conceitos jurídicos, que facilitarão o entendimento da matéria proposta neste artigo científico.

3 Da responsabilidade tributária e do responsável tributário

Hugo de Brito Machado aduz que "no Direito Tributário a palavra responsabilidade tem um sentido amplo e outro estrito"¹. Assim, temos que:

“Em sentido amplo, é a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do fisco de exigir a prestação da obrigação tributária. Essa responsabilidade vincula qualquer dos sujeitos passivos da relação obrigacional tributária. Em sentido estrito, é a submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação tributária, ao direito do fisco de exigir a obrigação respectiva.”²

O artigo 128, do Código Tributário Nacional, prevê a responsabilidade tributária em sentido amplo:

“Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte, ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”³

Pelo artigo acima transcrito, verifica-se que a responsabilidade pela obrigação tributária pode ser de terceira pessoa, desde que seja vinculada ao fato gerador da referida obrigação, podendo até mesmo ser excluída a responsabilidade do próprio contribuinte ou atribuída ao mesmo uma obrigação supletiva.

E o artigo 121, do Código Tributário Nacional, trata do sujeito passivo da obrigação principal: "Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária"⁴.

E o parágrafo único, inciso II, do mesmo artigo, trata da responsabilidade tributária em sentido estrito:

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I -

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.⁵

Portanto, o responsável tributário pode ser outra pessoa diversa do contribuinte, desde que sua obrigação seja expressa em lei.

Daí decorre a denominada "Responsabilidade de Terceiros" prevista nos artigos 134 e 135, do Código Tributário Nacional.

4 Da obrigação tributária, do fato gerador e do lançamento

Para se compreender melhor a responsabilidade tributária, faz-se necessário se referir à obrigação tributária.

Segundo Hugo de Brito Machado,

*"na obrigação tributária existe o dever do sujeito passivo de pagar o tributo, ou a penalidade pecuniária (obrigação principal) ou, ainda, de fazer, de não fazer, ou de tolerar tudo aquilo que a legislação tributária estabelece no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos. Essas prestações, todavia, não são desde logo exigíveis pelo sujeito ativo. Tem apenas o direito de fazer contra o sujeito passivo um lançamento, criando, assim, um crédito. O crédito, este sim, é exigível."*⁶

Já o artigo 113 do Código Tributário Nacional trata da obrigação tributária:

*"A obrigação tributária é principal ou acessória.
§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.
§2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização de tributos."*⁷

E a obrigação tributária tem relação direta com o fato gerador, previsto no artigo 114, do Código Tributário Nacional: "Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência".⁸

Ou seja, o fato gerador "é o conjunto de fatos, estado de fato, ou ainda pressupostos materiais dos fatos jurídicos, aos quais a lei considera hábeis a produzir a obrigação tributária".⁹

Já o direito do Estado em constituir um crédito contra o particular é previsto no artigo 139, do mesmo Código: O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta".¹⁰

Logo, o crédito tributário "surge com o lançamento, que confere à relação tributária liquidez e certeza".¹¹

"E o artigo 142, do Código Tributário Nacional, dispõe acerca do lançamento:

*Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível."*¹²

5 Da responsabilidade de terceiros

A responsabilidade de terceiros é tratada nos Artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional na Seção III, do Capítulo V, que versa sobre a "Responsabilidade Tributária."

Assim, o mencionado artigo 134 dispõe que:

"Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões que forem responsáveis:

I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores;

II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados;

III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes;

IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio;

V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário;

VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício;

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.”¹³

Como se verifica pelo artigo acima descrito, os sócios só respondem pela obrigação tributária, na hipótese da mesma não ser cumprida pelo principal contribuinte e se as pessoas ali mencionadas agiram ou se omitiram por atos pelos quais seriam responsáveis.

Já o artigo 135, do Código Tributário Nacional, prevê:

“São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior:

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.”¹⁴

Do artigo acima mencionado, faz-se mister analisar dois pontos a serem considerados.

Primeiro, se qualquer sócio pode ser responsabilizado pessoalmente pelas obrigações tributárias, como previsto no artigo 135 acima transcrito.

Ao tratar da presente questão, ensina Hugo de Brito Machado,

“[...] que a simples condição de sócio não implica a responsabilidade tributária. O que gera a responsabilidade, nos termos do art. 135, III, do CTN, é a condição de administrador de bens alheios. Por isto a lei fala em diretores, gerentes ou representantes. Não em sócios. Assim, se o sócio não é diretor, nem gerente, isto é, se não pratica atos de administração da sociedade, responsabilidade não tem pelos débitos tributários desta.”¹⁵

Portanto, a responsabilidade pessoal não pode atingir qualquer sócio. Mas, sim, daquele que pratica atos de administração da sociedade.¹⁶

O segundo aspecto previsto no artigo 135, do Código Tributário Nacional refere-se a responsabilidade por " obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos" .¹⁷

José Eduardo Soares de Melo, ao tratar da presente questão, aduz que:

“Como regra geral, os patrimônios das pessoas físicas e jurídicas não se comunicam, daí resultando o princípio da intocabilidade da pessoa jurídica - a plena separação patrimonial (a sociedade não se confunde com o sócio).

Considerando o estatuído no art. 135 do CTN configura-se a existência de uma teoria do superamento da personalidade jurídica, que se positiva nos casos de abuso de direito, em que os sócios, mediante atuação dolosa, cometem fraude a credores e manifesta violação a prescrições legais.

É evidente que não basta o mero descumprimento de uma obrigação, ou inadimplemento a um dever (trabalhista, comercial ou fiscal), até mesmo compreensível devido às gestões e dificuldades empresariais. Só se deve desconsiderar a personalidade jurídica para o fim de ser responsabilizado patrimonialmente o verdadeiro autor da fraude, tornando-se necessária a transposição da pessoa jurídica para este instituto.¹⁸

Neste mesmo sentido, aduz Sacha Calmon Navarro Coelho:

“Pois bem, o simples não recolhimento do tributo constitui, é claro, uma ilicitude, porquanto o conceito lato de ilícito é o de descumprimento de qualquer dever jurídico decorrente de lei ou de contrato. Dá-se que a infração a que se refere o art. 135 evidentemente não é objetiva, e sim, subjetiva, ou seja, dolosa. Para os casos de descumprimento de obrigações fiscais por mera culpa, nos atos em que intervierem e pelas omissões que forem responsáveis, basta o art. 134, anterior, atribuindo aos terceiros dever tributário por fato gerador alheio. No art. 135 o dolo é elementar. Nem se olvide de que a responsabilidade aqui é pessoal (não há solidariedade); o dolo, a má-fé não de ser cumpridamente provados.”¹⁹

Aliomar Baleeiro, com muita propriedade, explicou a diferença entre os Artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional:

“[...] Ora, o art.134, ao contrário do art. 135, mantém no pólo passivo da relação, em favor da Fazenda Pública, tanto o contribuinte, como o responsá-

vel; o primeiro, em caráter preferencial, o segundo, subsidiariamente, bastando para isso o descumprimento do dever de pagar o tributo devido pelo contribuinte ou a negligência na fiscalização do pagamento. A infringência de tais deveres de fiscalização, de representação e de boa administração, que devem ser exercidos com diligência e zelo, desencadeia a responsabilidade do terceiro. Por isso que hipóteses de singelo não pagamento do tributo a cargo de terceiro se enquadram no art. 134 e não no art. 135.

Já o art. 135 transfere o débito, nascido em nome do contribuinte, exclusivamente para o responsável, que o substitui, inclusive em relação às hipóteses mencionadas no art. 134. A única justificativa para a liberação do contribuinte, que não integra o pólo passivo, nas hipóteses do art. 135, está no fato de que os créditos ali mencionados correspondem a " obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto." O ilícito é assim prévio ou concomitante ao surgimento da obrigação (mas exterior à norma tributária) e não posterior, como seria o caso do não pagamento do tributo. A lei que se infringe é a lei comercial ou civil, não a lei tributária, agindo o terceiro contra os interesses do contribuinte. Daí se explica que, no pólo passivo, se mantenha apenas a figura do responsável, não mais a do contribuinte, que viu, em seu nome, surgir dívida não autorizada quer pela lei, quer pelo contrato social ou estatuto. " ²⁰

Assim, não basta o inadimplemento do tributo, para se configurar a responsabilidade pessoal do diretor, gerente ou do representante legal de pessoa jurídica de direito privado. Faz-se mister provar que os atos foram praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do artigo 135, do Código Tributário Nacional.

6 Do sócio- gerente e da sociedade de responsabilidade limitada

Como acima demonstrado, não é qualquer sócio que pode ser responsável pessoalmente pelas obrigações tributárias de uma sociedade. Mas, somente aqueles que exerçam atos de administração.

Fábio Ulhoa Coelho, ao tratar sobre a administração da sociedade de responsabilidade limitada dispõe que:

"Diretoria (ou, como era comumente chamada antes do Código Civil de 2002, "gerência) é o órgão da sociedade limitada, integrado por uma ou mais pessoas físicas, cuja atribuição é, no plano interno, administrar a empresa, e, externamente, manifestar a vontade da pessoa jurídica. São os administradores (também chamados diretores ou gerentes) da sociedade, identificados no contrato social ou em ato apartado. Eles são escolhidos, sempre, pela maioria societária qualificada, variando o quorum de deliberação segundo o instrumento de designação (contrato social ou ato apartado) e o status do administrador (sócio ou não)." ²¹

Portanto, o denominado sócio-gerente é o administrador de uma sociedade limitada. ²²

Quanto às sociedades, adota-se no presente artigo científico o conceito de Fábio Ulhoa Coelho:

"Sociedade empresária é a pessoa jurídica que explora uma empresa. Atente-se que o adjetivo "empresária" conota ser a própria sociedade (e não os seus sócios) a titular da atividade econômica". ²³

O artigo 981, do Código Civil Brasileiro prevê:

"Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados". ²⁴

E com relação as denominadas sociedades empresárias, as mesmas são classificadas em cinco, segundo o novo Código Civil Brasileiro: sociedades em nome coletivo, em comandita simples, sociedade limitada, em comandita por ações e sociedade anônima.

No entanto, somente a sociedade limitada será objeto do presente artigo científico.

Ainda segundo o autor Fábio Ulhoa Coelho, as sociedades empresárias podem ser classificadas pelos seguintes critérios: em sociedades de pessoas ou de capital, em sociedades contratuais e institucionais; ou ainda pela responsabilidade dos sócios. ²⁵

Para se fazer uma análise da sociedade por quotas de responsabilidade limitada, faz-se a opção, neste artigo científico, pelo critério da responsabilidade dos sócios.

Assim, por esta classificação, as sociedades

"[...] podem ser de três categorias: a) a de responsabilidade ilimitada, se todos os sócios respondem pelas obrigações sociais ilimitadamente (sociedade em nome coletivo); b) as de responsabilidade mista, quando apenas parte dos sócios responde de forma ilimitada (sociedades em comandita simples ou por ações); c) as de responsabilidade limitada, em que todos os sócios respondem de forma limitada pelas obrigações sociais (sociedades por quotas de responsabilidade limitada e anônima)." ²⁶

O artigo 1.052, do Código Civil aduz que:

"Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas cotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social". ²⁷

Assim, como a responsabilidade do sócio é limitada ao valor de suas cotas, resta saber se é cabível a responsabilidade pessoal tributária do sócio-gerente quando há a dissolução irregular da sociedade limitada.

7 Do patrimônio social²⁸ da sociedade e do patrimônio dos sócios

Porém, antes de se abordar a questão da dissolução irregular da sociedade limitada, deve-se ater a questão do patrimônio social da sociedade e do patrimônio dos sócios.

Fábio Ulhoa Coelho ensina que,

"[...] da personalização da sociedade empresária segue-se a separação dos patrimônios desta e de seus sócios. Os bens integrantes do estabelecimento empresarial, e outros eventualmente atribuídos à pessoa jurídica, são de propriedade dela, e não dos seu membros. Não existe comunhão ou condomínio dos sócios relativamente aos bens sociais; sobre estes os componentes da sociedade empresária não exercem nenhum direito, de propriedade ou de outra natureza. É apenas a pessoa jurídica da sociedade a proprietária de tais bens. No patrimônio dos sócios, encontra-se a participação societária, representada pelas quotas da sociedade limitada ou pelas ações da sociedade anônima.

A participação societária, no entanto, não se confunde com o conjunto de bens titularizados pela sociedade, nem com uma sua parcela ideal. Trata-se, definitivamente, de patrimônios distintos, inconfundíveis e incommunicáveis os dos sócios e o da sociedade.”²⁹

Ainda, de acordo com o mesmo Autor:

“Sócio e sociedade não são a mesma pessoa, e, como não cabe, em regra, responsabilizar alguém (o sócio) por dívida de outrem (a pessoa jurídica da sociedade), a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é dos seus sócios. Em outros termos, a garantia do credor é representada pelo patrimônio do devedor; se a devedora é a sociedade empresária, então será o patrimônio social (e não o dos sócios) que garantirá a satisfação dos direitos creditícios existentes contra ela.

Somente em hipóteses que excepcionaram a regra da autonomia da pessoa jurídica poder-se-á executar o patrimônio do sócio, em busca do atendimento da dívida da sociedade.”³⁰

Portanto, as obrigações sociais devem ser respondidas pela sociedade, não cabendo, em princípio, que os sócios se responsabilizem pelas dívidas contraídas pela mesma.

No entanto, as hipóteses previstas nos Artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, permitem a responsabilidade pessoal do sócio-gerente pelas obrigações tributárias de uma sociedade, como anteriormente demonstrado, no item 5.

8 Da dissolução irregular

Segundo Bulgarelli:

“Dissolução é um conceito ambíguo, no direito societário. Em sentido amplo, significa o procedimento de terminação da personalidade jurídica da sociedade empresária, isto é, o conjunto de atos necessários à sua eliminação, como sujeito de direito. A partir da dissolução, compreendida nesse primeiro sentido, a sociedade empresária não mais titulariza direitos, nem é devedora de prestação. Em sentido estrito, a dissolução se re-

fere ao ato, judicial ou extrajudicial, que desencadeia o procedimento de extinção da pessoa jurídica. Os atos de encerramento da personalidade jurídica da sociedade empresária (a dissolução, em sentido amplo) distribuem-se nas fases de dissolução (sentido estrito), liquidação e partilha” (Bulgarelli, 1978:87).³¹

O Código Civil Brasileiro de 2002 trata em seus Artigos 1.033 a 1.038 da dissolução das sociedades. No entanto, o artigo 1.033 prevê especificamente as hipóteses de dissolução:

*“Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:
I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;
II - o consenso unânime dos sócios;
III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;
IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de 180 (cento e oitenta) dias;
V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.”³²*

Além das causas acima previstas, as sociedades também podem ser dissolvidas quando ocorrer a falência, como dispõe o artigo 1.044 do Código Civil: “A sociedade se dissolve de pleno direito por qualquer das causas enumeradas no art. 1.033 e, se empresária, também pela declaração da falência.”³³

Os atos de dissolução têm como objetivo repartir entre os sócios o patrimônio que restou daquela sociedade, como também proteger seus credores.³⁴

No entanto,

“[...] se os sócios não observaram as regras estabelecidas para a regular administração do sujeito artificial, respondem pessoal e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Em outros termos, se eles simplesmente paralisam a atividade econômica, repartem os ativos e se dispersam (dissolução de fato), deixam de cumprir a lei societária, e incorrem em ilícito. Respondem, por isso, por todas as obrigações da sociedade irregularmente dissolvida.”³⁵

Para HUGO DE BRITO MACHADO, "a liquidação irregular da sociedade gera a presunção da prática desses atos abusivos ou ilegais."³⁶ Ou seja, gera os atos indicados no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, com infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto ou com excesso de poderes.

Portanto, a denominada dissolução de fato ou irregular é contrária à lei, sendo que os sócios podem responder pessoalmente, e de forma ilimitada pelas obrigações sociais, já que estão prejudicando o direito dos credores. No próximo tópico, será analisado o cabimento da responsabilidade pessoal, segundo entendimento do STJ e do TRF da 4ª Região.

9 Do entendimento do STJ e do TRF da 4ª região com relação a responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes pelas obrigações tributárias na hipótese de dissolução irregular de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada

O STJ pacificou o entendimento de que a dissolução irregular de uma sociedade comercial é uma das hipóteses de cabimento da responsabilidade pessoal pelas obrigações tributárias do sócio-gerente, como demonstrado pela ementa do julgado a seguir descrito:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN.

1. A dissolução irregular da sociedade devedora caracteriza situação que acarreta a responsabilidade solidária dos terceiros, nomeadamente dos sócios-gerentes, pelos débitos tributários (art. 135 do CTN).

2. Recurso Especial provido.”³⁷

E no voto, o Sr. Ministro Relator Teori Albino Zavascki assim se manifestou:

Por outro lado, é entendimento pacífico do STJ o de que a dissolução irregular da sociedade devedora constitui hipótese que caracteriza a responsabilidade de terceiros, nomeadamente dos sócios-gerentes, pelos débitos tributários pendentes, nos termos do art. 135, inciso III, do CTN. Neste sentido: GA 421311/RS, 2ª T. Min. Laurita Vaz, DJ 03/02/2003; AGRESP 448270/ES, 1ª T., Min. José Delgado, DJ 19/12/2002; AGA 543821/RS, 1ª T. Min. Luiz Fux, DJ de 28/06/2004, esse último ementado nos seguintes termos:

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA O SÓCIO GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE.

1. "(...) 3. A jurisprudência da Primeira Seção firmou-se no sentido de que não se admite a responsabilidade objetiva, mas subjetiva do sócio, não constituindo infração à lei o não-recolhimento do tributo, sendo necessária a prova de que agiu o mesmo dolosamente, com fraude ou excesso de poderes, excepcionando-se a hipótese de dissolução irregular da sociedade comercial.

4. Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução do sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução". (RESP 474105/SP; Relator Min. ELIANA CALMON; Fonte DJ DATA: 19/12/2003 G: 00414)

2. É inviável o trânsito do Recurso Especial quando a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da decisão recorrida. Súmula 84/STJ.

3. Ausência de motivos suficientes para a modificação do julgado. Manutenção da decisão agravada.

4. Agravo regimental desprovido." ³⁸

E quanto a responsabilidade pessoal pelas obrigações tributárias de ex-sócio de sociedade limitada, o Superior Tribunal de Justiça também se manifestou favoravelmente:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. EX-SÓCIO DE SOCIEDADE LIMITADA. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO. LIMITES. ARTIGO 135, INCISO III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZADO. Já se encontra assente na doutrina e na jurisprudência que a responsabilidade do sócio que se retira da sociedade, em relação às dívidas fiscais contraídas por esta, somente se afirma se aquele, no exercício da gerência ou de outro cargo da empresa, abusou do poder ou infringiu a lei, o contrato social ou estatutos, a teor do que dispõe a lei tributária, ou, ainda, se

*a sociedade foi dissolvida irregularmente. ... Não realizado o necessário cotejo analítico, não restou adequadamente apresentada à divergência, apesar da transcrição de ementa, e não demonstradas suficientemente as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado, vindo em desacordo com o que já está pacificado na jurisprudência desta egrégia Corte, o recurso especial não pode ser conhecido também pelo dissídio pretoriano. Recurso especial não conhecido. Decisão unânime." (STJ, 2ª T., unânime, REsp 201.868/MG, rel. Min. Franciulli Netto, ago/2001). "*³⁹

Há também outros julgados no mesmo sentido:

*"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. PRECEDENTES. 1. (...) 2. Acórdão a quo segundo o qual 'correta a decisão que anulou a penhora incidente sobre bem de sócio, uma vez que não comprovada a prática de ato efetivo que importe na sua responsabilidade tributária, a teor do art. 135, do CTN'. 3. Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade. A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente. 4. (...) 5. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos, nos termos do art. 135, III, do CTN. 6. (...) 7. (...) 8. Agravo regimental não provido. (STJ, 1ª T. unânime, AGRGAI 487.071/RS, rel. Min. José Delgado, mai/2003)."*⁴⁰

[...] EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO

PARA O SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. 1. (...) 2. É cabível o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente quando a sociedade tiver sido dissolvida de forma irregular. Precedentes da Corte. 3. A ciência por parte do sócio-gerente do inadimplemento dos tributos e contribuições, mercê do recolhimento de lucros e pro labore, caracteriza, inequivocadamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário público. 4. Recurso especial parcialmente provido para determinar o redirecionamento da presente execução fiscal para o sócio-gerente da empresa executada. (STJ, 1ª T., unânime, RESp 529.464/PR, ref. Min. Luiz Fux, set/2003).”⁴¹

Cabe, ainda, destacar o seguinte julgado, em que a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que compete ao sócio-gerente provar que não agiu com excesso de poderes ou infração à lei:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR (ART. 557, § 1º DO CPC) - SÓCIO-GERENTE: RESPONSABILIDADE (ART. 135 DO CTN). 1. Em matéria de responsabilidade dos sócios de sociedade limitada, é necessário fazer a distinção entre empresa que se dissolve irregularmente daquela que continua a funcionar. 2. Em se tratando de sociedade que se extingue irregularmente, cabe a responsabilidade dos sócios, os quais podem provar não terem agido com dolo, culpa, fraude ou excesso de poder. 3. Se não há extinção da sociedade, a prova em desfavor do sócio passa a ser do exequente (inúmeros precedentes). 4. Agravo regimental improvido. (STJ, 2ª T., unânime, AgRgREsp 420.663/SC, rel. Min. Elian Calmon, ago/2002).”⁴²

No entanto, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem entendimento diverso, ou seja, de que apenas a dissolução irregular não seria suficiente para caracterizar a responsabilidade dos sócios-gerentes, sendo necessário caracterizar que os mesmos praticaram atos com excesso de poderes ou infração à lei, nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Neste sentido, faz-se mister citar alguns julgados:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CON-

TRA O SÓCIO-GERENTE OU DIRETOR. NÃO-RECOLHIMENTO DE TRIBUTO. PROVA DE ATUAÇÃO DOLOSA OU CULPOSA. CTN. ART. 135, III. PRECLUSÃO PRO JUDICATO.

- 1. É de responsabilidade da empresa o pagamento do tributo, que deve arcar com as conseqüências resultantes do descumprimento da obrigação tributária.*
- 2. A legislação comercial afasta a responsabilidade objetiva do sócio ou administrador, merecendo interpretação sistemática o art. 135, III, do CTN, que trata da responsabilidade tributária pessoal.*
- 3. Para que a execução seja redirecionada contra o sócio-gerente ou diretor, com fulcro no art. 135, III, do CTN, deve o exeqüente comprovar que o não recolhimento do tributo resultou da atuação dolosa ou culposa destas pessoas, que, com o seu procedimento, causaram violação à lei, ao contrato ou ao estatuto.*
- 4. Os mesmos princípios norteiam a responsabilização dos sócios em caso de dissolução irregular da sociedade, ou mesmo falência, pois estas hipóteses não configuram, a priori, atuação dolosa ou culposa.*
- 5. Embora tenha sido deferido anteriormente o redirecionamento da execução, as questões de ordem pública não são atingidas pela preclusão.⁴³*

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL CONTRA O SÓCIO-GERENTE OU DIRETOR. NÃO RECOLHIMENTO DE TRIBUTO. PROVA DE ATUAÇÃO DOLOSA OU CULPOSA. CTN, ART.135, III. 1. É de responsabilidade da empresa o pagamento do tributo, que deve arcar com as conseqüências resultantes da obrigação tributária. 2. A legislação comercial afasta a responsabilidade objetiva do sócio ou administrador, merecendo interpretação sistemática o art. 135, III, do CTN, que trata da responsabilidade tributária pessoal. 3. Para que a execução seja redirecionada contra o sócio-gerente ou diretor, com fulcro no art. 135, III, do CTN, deve o exeqüente comprovar que o não-recolhimento do tributo resultou da atuação dolosa ou culposa destas pessoas, que, com o seu procedimento, causa-

ram violação à lei, ao contrato ou ao estatuto. 4. Os mesmos princípios norteiam a responsabilização dos sócios em caso de dissolução irregular da sociedade, ou mesmo de falência, pois estas hipóteses não configuram, a priori, atuação dolosa ou culposa. (TRF, 1º T., unânime, AC 2002.04.01.035584-1/SC, rel. o Des. Fed. Wellington Mendes de Almeida, out/2002).”⁴⁴

Verifica-se, portanto, a existência de dois entendimentos divergentes: o primeiro, em que para o Superior Tribunal de Justiça basta a dissolução irregular da sociedade limitada para se configurar a responsabilidade pessoal pelas obrigações tributárias do sócio-gerente; e o segundo, em que para o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, há necessidade de se comprovar se o não pagamento do tributo foi ocasionado em decorrência da má atuação dos sócios-gerentes, por infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto, nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

No entanto, parece mais acertado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vez que como anteriormente demonstrado, a legislação civil pátria prevê diversas modalidades de dissolução da sociedade, tendo como objetivo a repartição entre os sócios do patrimônio que restou daquela sociedade, bem como proteger os credores.

Entretanto, a dissolução irregular, além de ser contrária à lei, prejudica os credores, pois há a presunção de que o patrimônio foi apenas dividido entre os sócios, conforme julgado abaixo:

“COMERCIAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. A jurisprudência tem identificado como ato contrário à lei, caracterizador da responsabilidade do sócio-gerente, a dissolução irregular da sociedade, aquela em que não obstante a existência de débitos, os bens sociais são liquidados sem o processo próprio; a presunção aí é a de que o patrimônio social foi distraído em benefício dos sócios, em detrimento dos credores. Recurso especial não conhecido. (STJ, 3ª T., unânime, REsp 153.441/RS, rel. Min. Ari Pargendler, out/2001).”⁴⁵

Deve-se ater, ainda, quanto ao aspecto temporal, ou seja, a partir de que momento os sócios-gerentes podem ser responsabilizados pessoalmente pelas obrigações tributárias.

A 1ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, no julgado abaixo, firmou o entendimento de que a responsabilidade pessoal prevista no

artigo 135, do Código Tributário Nacional ocorre quando se comprova que o sócio-gerente encontrava-se no exercício da administração na sociedade:

“TRIBUTÁRIO...SOCIEDADE LIMITADA. DISSOLUÇÃO. SÓCIO GERENTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LIMITES. (...) 2. Cuida o presente caso de se buscar definição acerca da possibilidade de se cobrar integralmente de ex-sócio de uma empresa tributo por ele não recolhido, quando o mesmo não exercia mais atos de administração da mesma, reclamando-se ofensa ao artigo 135, do CTN. (...) 4. A solidariedade do sócio pela dívida da sociedade só se manifesta, todavia, quando comprovado que, no exercício de sua administração, praticou os atos elencados na forma do art. 135, caput, do CTN. Há impossibilidade, pois, de se cogitar na atribuição de responsabilidade substitutiva quando sequer estava o sócio investido das funções diretivas da sociedade. 5. In casu, a execução abrange período anterior à época de responsabilidade do embargado; as dívidas anteriores (ou posteriores) à permanência do sócio na empresa não podem, via de regra, atingi-lo, até mesmo porque ausente qualquer prova de liame entre o embargado e dos fatos geradores dos períodos restantes. (...)” (STJ, 1ª Seção, AgRg EdivResp 109639/RS, rel. Min. José Delgado, dez/1999, DJ 28/02/2000).”⁴⁶

E

“[...] no caso de sociedades por cotas de responsabilidade limitada, são responsáveis, por substituição, os sócios detentores de poderes de administração à época em que ocorrido o fato gerador e tal circunstância deve ser apurada no contrato social, devidamente registrado na Junta Comercial. (Cláudia Maria Dadico, Juíza Federal Substituta da 2ª Vara de Execuções Fiscais de Porto Alegre, em sentença nos autos dos Embargos à Execução nº 96.002829-0, set/1997).”⁴⁷

Portanto, faz-se mister provar que o sócio-gerente estava no exercício da administração da sociedade à época em que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária.

10 Conclusão

Conforme disposto no artigo 135, do Código Tributário Nacional, somente serão responsabilizadas pessoalmente pelas obrigações tributárias de uma sociedade empresária, as pessoas elencadas no inciso III - diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado -, se agiram com excesso de poderes ou com infração à lei, ao contrato social ou ao estatuto.

E, no caso das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, os sócios são responsáveis até o limite do valor de suas quotas.

No entanto, quando ocorre a dissolução irregular de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, considerando-se que tal fato é contrário à lei, há a presunção de que o patrimônio da sociedade foi dividido entre os sócios, em evidente prejuízo aos credores.

Logo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a dissolução irregular é uma das hipóteses de cabimento da responsabilidade pessoal do sócio-gerente de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, é a mais acertada, já que visa garantir o direito dos credores, como também os sócios daquela sociedade empresária, no momento da divisão do patrimônio. Assim, nesta hipótese, não há que se provar que o sócio-gerente agiu com excesso de poderes ou que infringiu a lei, o contrato social ou o estatuto.

Portanto, considerando-se o acima exposto, é cabível a responsabilidade pessoal do sócio-gerente pelas obrigações tributárias na hipótese de dissolução irregular de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

Notas

- 1 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 148.
- 2 *Id.*, *Ibid.*; p. 148.
- 3 BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Coordenação: Giselle de Melo Braga Tapai. 9. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 174.
- 4 BRASIL, **Código Tributário Nacional**. *Op. cit.*, p. 172.
- 5 BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Coordenação: Giselle de Melo Braga Tapai. 9. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 172.
- 6 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 123.
- 7 BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Coordenação: Giselle de Melo Braga Tapai. 9.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 171.
- 8 *Ibidem*, p. 171.
- 9 SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1994, p. 166.
- 10 BRASIL **Código Tributário Nacional**. Coordenação: Giselle de Melo Braga Tapai. 9. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 176.

- 11 MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 123.
- 12 BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Coordenação: Giselle de Melo Braga Tapai. 9.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 176.
- 13 *Ibidem*, p. 175.
- 14 *Id.*, *Ibid.*; p. 175
- 15 MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 155.
- 16 A palavra "sociedade" está sendo utilizada no presente artigo científico no sentido de sociedade empresária, cujo conceito será abordado no item 6.
- 17 BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Coordenação: Giselle de Melo Braga Tapai. 9.ed. São Paulo: RT, 2004, p. 175.
- 18 MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 211/212.
- 19 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 747.
- 20 BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 756.
- 21 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2, p. 440.
- 22 Optamos por adotar a denominação de sócio-gerente no presente artigo científico, em lugar de administrador ou diretor.
- 23 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op.cit.*, p. 5.
- 24 BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro**. 3. ed., São Paulo: RT, 2003, p. 280.
- 25 De acordo com Fábio Ulhoa Coelho. *Op.cit.*, p. 24/29.
- 26 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2, p. 28.
- 27 BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro**. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 296.
- 28 Patrimônio é o "conjunto de direitos e obrigações de uma pessoa, apreciáveis economicamente. Dela fazem parte os créditos, débitos, todas as relações jurídicas de valor pecuniário, os direitos reais e os direitos de crédito ou obrigacionais." SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1994, p. 267. E o patrimônio social refere-se ao patrimônio da sociedade.
- 29 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Savaiva, 2004, v.2, p. 15.
- 30 MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15/16.
- 31 COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. cit.*; p. 452.
- 32 BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro**. Coordenação: Giselle de Melo Braga Tapai. 3.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 292.
- 33 BRASIL. *Op. cit.*, p. 294.
- 34 De acordo com Fábio Ulhoa Coelho. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.2, p. 453.
- 35 COELHO, Fábio Ulhoa. *op. cit.*, p. 453.
- 36 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 157.
- 37 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma.RESP 730803/SC, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, data do julgamento 26/04/2005, DJ 09 MAI 2005, p.316. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 junho 2005.

- 38 BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma.RESP 730803/SC, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, data do julgamento 26/04/2005, DJ 09 MAI 2005, p.316. Disponível em < <http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 junho 2005.
- 39 PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6.ed., 2ªtiragem, Porto Alegre: ESMAFE. 2004, p. 955.
- 40 PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6. ed., 2ªtiragem. Porto Alegre: ESMAFE. 2004, p. 954.
- 41 PAULSEN, Leandro. *Op. cit.*, p. 958.
- 42 PAULSEN, Leandro. *Op. cit.*, p. 958.
- 43 BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. 1ª Turma. Agravo de Instrumento nº 200304010425276/RS. Data da decisão 18/02/2004. DJ: 12 MAI 2004. Disponível em: < <http://www.juris.cjf.gov.br>>. Acesso em: 17 Junho 2005.
- 44 PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6. ed., 2ª tiragem. Porto Alegre: ESMAFE, 2004, p. 959.
- 45 *Ibidem*, p. 958.
- 46 *Ibidem*, p. 961.
- 47 *Ibidem*, p. 953.

Referências

- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Co-ordenação: Giselle de Melo Braga Tapai. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.
- BRASIL. **Novo Código Civil Brasileiro**. 3. ed., São Paulo: RT, 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2003.
- <<http://www.juris.cjf.gov.br>>. Acesso em: 17 junho 2005.
- <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 17 junho 2005.
- PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário. Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 6. ed., 2ª tiragem, Porto Alegre: ESMAFE. 2004.
- SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1994.

As principais inovações da Nova Lei de Recuperação Empresarial e Falências (Lei nº 11.101/05)

Vilson Marcelo Malchow Vedana*

*Advogado da Caixa em Brasília
Especialista em Direito Público pela
Universidade Gama Filho*

RESUMO: O presente trabalho volta-se à análise das principais inovações trazidas pela Lei nº 11.101/05 ao direito falimentar brasileiro. Trata-se de artigo doutrinário que abrange desde os princípios inspiradores da Lei de Recuperação Empresarial e Falências até as disposições específicas acerca dos procedimentos de recuperação e da falência da empresa. A abordagem utilizada busca facilitar a sua compreensão das novas disposições legais pelos operadores do direito, trazendo, ainda, as mais relevantes críticas da doutrina especializada sobre o tema.

Palavras-chave: Nova Lei de Recuperação Empresarial e Falências; Principais Inovações.

1 Introdução

Já há algum tempo que a doutrina especializada esperava por uma lei que viesse atualizar o sistema falimentar instituído pelo Decreto-Lei nº 7.661/45 (Lei de Falências), sobretudo para atender às novas concepções que reconhecem a função social da empresa e a importância de sua manutenção como fonte de produção e fator de desenvolvimento econômico e social.

Após quase onze anos de tramitação no Congresso Nacional, foi aprovada a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a Nova Lei de Falências. A referida lei entrou em vigor em 9 de junho de 2005, no mesmo mês em que a anterior completaria 50 anos de vigência.

Com inovações há muito esperadas pelo direito concursal brasileiro (OLIVEIRA, 2004)¹, a nova lei realizou importantes alterações e positivou concepções já consagradas em diversos países.² O presente estudo tem por objetivo realizar uma breve abordagem acerca de tais inovações, de modo a fornecer subsídios iniciais para a compreensão do novo diploma legal.

2 Princípios inspiradores da nova lei

O primeiro ponto que merece destaque refere-se ao fato de que a nova legislação falimentar reconhece o importante papel desempenhado pela empresa junto à sociedade. Parte-se do pressuposto de que a empresa representa elemento indispensável para a constituição de uma ordem econômica justa, "*fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa*" e que "*tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.*"³

Nesse sentido, a capacidade da empresa de estimular o desenvolvimento econômico, por meio da produção e circulação de bens e riquezas, e o seu potencial para ampliar o mercado de trabalho por meio da geração de emprego e renda revelam sua incontestável função social.

À luz de tais fundamentos, conclui-se que a conservação da empresa é orientação que se reveste de elevado interesse público, razão pela qual passa a receber a tutela do ordenamento jurídico, ganha força normativa e eleva-se a status de princípio supralegal: o princípio da conservação da empresa. A nova lei de falências vai ao encontro dessas concepções, ao reconhecer expressamente a função social da empresa e a necessidade de sua preservação⁴.

O objeto visado pelo processo de recuperação e pelo processo falimentar deixa de ser unicamente a satisfação dos credores e a punição do devedor, e amplia-se para abranger também a necessidade de conservação da empresa. Note-se que até mesmo a mudança da nomenclatura da lei - que substitui o termo "falido" por, simplesmente, "devedor" - visa amenizar o estigma negativo que era anteriormente imputado a empresas e empresários que, por dificuldades econômico-financeiras, viessem a enfrentar situação de insolvência.

Ao acolher tais princípios, a nova lei fixa não apenas a forma, como também o sentido conforme os quais os aplicadores do direito deverão interpretar as suas disposições. Significa dizer que a nova lei estabeleceu um novo referencial para a interpretação e aplicação do direito falimentar, segundo o qual prepondera o método de interpretação teleológico voltado primordialmente à conservação da empresa (GONTIJO, 2005).

3 Campo de aplicação

Em consonância com as disposições do Novo Código Civil, a nova lei falimentar adota a Teoria da Empresa⁵ e restringe seu âmbito de aplicação aos empresários, sejam eles pessoas naturais (empresário em sentido estrito) ou pessoas jurídicas (sociedades empresárias), conforme dispõe o art. 1º.

Há, entretanto, duas situações que fogem a essa regra. A primeira refere-se à situação dos não-empresários que podem falir. Trata-se da possibilidade de falência do espólio do empresário (art. 96, §1º e art. 125) e do sócio de responsabilidade ilimitada (art. 81)⁶.

A segunda situação excepcional é a dos empresários que não podem falir. É que a lei, no art. 2º, exclui expressamente de seu campo de aplicação as empresas públicas e as sociedades de economia mista, bem como as instituições financeiras públicas ou privadas e entidades a elas equiparadas. A exclusão das empresas estatais, embora criticada por parcela da doutrina (SZKLAROWSKY, 2003, p.21), põe fim à controvérsia doutrinária anteriormente existente acerca da aplicabilidade ou não da Lei de Falências a tais entes⁷.

Quanto às instituições financeiras e entidades equiparadas, é importante ressaltar que o disposto no art. 2º deve ser lido levando-se em conta o art. 197 da mesma lei, que afirma que enquanto não forem aprovadas Leis específicas para disciplinar a falência de tais entidades, a elas aplica-se, subsidiariamente⁸ e no que couber, o disposto na Lei de Falências.

Por fim, vale lembrar que a Nova Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que continuarão regidos pelo Decreto-Lei no 7.661/45, conforme dispõe o art. 192.

4 Intervenção do Ministério Público

Nos moldes da legislação anterior, a redação original do art. 4o da nova lei previa a intervenção do Ministério Público nos processos de recuperação judicial e de falência, bem como em todas as ações propostas pela massa falida ou contra essa. Ocorre que tal dispositivo foi objeto de veto presidencial, ao argumento de que a intervenção do Ministério Público em todas as ações da massa falida implicaria desnecessária sobrecarga à Instituição.

Todavia, não obstante o referido veto, permanecem as disposições específicas da lei, que prevêem a intervenção necessária do MP em diversos momentos, tais como na instauração dos processos de recuperação judicial (art. 52, V) e de falência (art. 99, XIII), na impugnação de crédito (art. 8º), na ação para exclusão de crédito (art. 19), na ação revocatória (art. 132), na fiscalização da nomeação do Administrador Judicial ou do Comitê de Credores (art.30, § 2º), na obtenção de informações do devedor (art.104, VI, e 171), na alienação de ativos (art. 142 e 143) e na prestação de contas (art. 154).

Ademais, o veto não impede que o MP intervenha em outras ações em que a massa falida seja parte, já que poderá fazê-lo sempre que configurado o interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, na forma do art. 82, inc. III, do CPC.

5 Recuperação da empresa

Dentre as inovações trazidas pela nova lei, destacam-se os institutos da recuperação judicial (art. 47 e ss.) e extrajudicial (art. 161 e ss.) da empresa, que ocupam o lugar anteriormente reservado à concordata. Destaque-se que não se trata apenas de uma mudança de nomenclatura, mas sim de uma alteração na própria natureza jurídica do instituto.

No sistema anterior, a concordata concedia condições especiais à empresa para que pagasse suas dívidas, mediante moratória, remissão parcial do débito ou ambos. Afirmava-se que a concordata possuía natureza de "favor legal", pois a sua concessão independia da vontade dos credores do concordatário.

Na recuperação da empresa, por outro lado, a vontade dos credores é preponderante, uma vez que a recuperação representa a novação das obrigações por ela abrangidas⁹. O novo instituto consagra o princípio da livre iniciativa na atividade econômica, permitindo que o próprio empresário elabore, com auxílio e anuência dos seus credores, um plano de recuperação no qual indicará os meios¹⁰ pelos quais pretende pagar os débitos da empresa.

5.1 Recuperação judicial

A recuperação judicial tem natureza jurídica de ação, que pode ser requerida pelo devedor¹¹ por meio de petição inicial¹² dirigida ao juízo competente¹³. Na mesma decisão que defere a petição inicial de recuperação judicial, o juiz adotará uma série de providências¹⁴ necessárias ao prosseguimento da ação, como a nomeação de Administrador Judicial¹⁵ e a determinação de que seja suspenso o curso da prescrição e de todas as ações e execuções contra o devedor, ressalvadas as ações em que se demandar quantia ilíquida, na forma do art. 6º, *caput* e §1º.¹⁶

Em relação às providências adotadas pelo juiz na ocasião do deferimento da recuperação judicial, merece destaque o disposto no inciso II do art. 52. Tal dispositivo estabelece a dispensa de apresentação de certidões negativas para que o devedor continue exercendo suas atividades, mas ressalva a hipótese de contratação com o Poder Público. Com isso, empresas cuja atividade depende eminentemente de contratos com entes públicos restariam prejudicadas.¹⁷

A nova lei falimentar exclui da abrangência da recuperação judicial os créditos do art. 49, §3º e art. 82, inc. II. Com isso, ficam excluídos os créditos do proprietário fiduciário, do arrendador mercantil, do promitente vendedor (com cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade), do vendedor com reserva de domínio e os valores decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio (ACCs) para exportação.

Em princípio, não há qualquer ressalva quanto à inclusão dos créditos trabalhistas e tributários no plano de recuperação judicial. Em relação aos créditos tributários, no entanto, deve ser considerado o disposto nos arts. 57 e 68. Pela leitura dos mencionados dispositivos, conclui-se que o devedor só poderá prosseguir na recuperação judicial se apresentar certidões negativas de débitos tributários, admitindo-se, contudo, que, no bojo da recuperação judicial, seja realizado o parcelamento de tais débitos junto aos órgãos competentes.¹⁸

Deferida a recuperação, o devedor não poderá mais dela desistir, salvo se autorizado pela Assembléia-Geral de Credores¹⁹, e terá o prazo improrrogável de 60 dias para apresentar o plano de recuperação judicial²⁰. Nesse período, os credores poderão convocar a Assembléia-Geral para a constituição do Comitê de Credores²¹. Caso qualquer dos credores apresente objeção ao plano, o juiz convocará a Assembléia-Geral de Credores para deliberar acerca de sua aprovação. Caso contrário, isto é, não havendo objeções, considerar-se-á tacitamente aprovado o plano proposto.

Na deliberação acerca do plano de recuperação judicial, todas as classes de credores²² deverão aprová-lo. Em caso de rejeição, o juiz decretará a falência do devedor, conforme disposição do art. 56, §4º. Entretanto, o juiz poderá conceder a recuperação judicial com base em aprovação parcial dos credores, desde que realizada na forma do art. 58, §1º. Aprovado o plano, este obrigará o devedor e todos os credores por ele abrangidos e constituirá título executivo judicial.

5.2 Recuperação extrajudicial

A recuperação extrajudicial possui natureza de acordo privado entre o devedor e seus credores. Antes da nova lei falimentar, a convocação dos credores pelo devedor para proposta de dilação e remissão de créditos ou cessão de bens era tida como ato ruinoso, que autorizava o pedido de falência, conforme o art. 2º, inc. II, do Decreto-Lei nº 7.661/45.

Com o advento da nova lei, essa modalidade de acordo entre credores e devedor volta a ser admitida.²³ A rigor, por se tratar de direitos disponíveis do credor, não haveria qualquer óbice a que este renegociasse suas dívidas com seus credores independentemente de previsão legal específica. De fato, a lei autoriza que o devedor renegocie por meio de outras modalidades de acordo privado, conforme se extrai da leitura do art. 167.²⁴

Embora a lei trate dessa modalidade de recuperação como sendo "extrajudicial", os principais efeitos do plano de recuperação nessa modalidade só se produzem, em regra, após a sua homologação judicial, conforme dispõe o art. 165.²⁵ Nota-se, portanto, que o efeito do não cumprimento das regras estabelecidas nos arts. 161 e seguintes é tão

somente a impossibilidade de homologação do plano de recuperação extrajudicial em juízo, uma vez que, conforme já se afirmou, o devedor poderá realizar outras modalidades de acordo privado com a mesma finalidade.

Para que seja homologável em juízo, o plano de recuperação extrajudicial não poderá abranger créditos tributários, trabalhistas, acidentários, além daqueles excluídos da recuperação judicial.²⁶ Além disso, o plano não poderá contemplar pagamento antecipado de dívidas ou tratamento desfavorável aos credores que a ele não estiverem sujeitos, de acordo com o art. 161, §2º.

A nova lei permite que o devedor requeira a homologação de plano de recuperação extrajudicial aprovado apenas por parte²⁷ dos credores a ele sujeitos, conforme o art. 163.²⁸ Nesse caso, não havendo objeção por parte de nenhum dos credores sujeitos ao plano, a homologação estenderá seus efeitos a todos eles.

Ao contrário do que ocorre com a recuperação judicial, a rejeição do plano de recuperação extrajudicial não importa a decretação de falência do devedor, que poderá, desde que atendidas as formalidades, apresentar novo pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial, conforme o art. 164, §8º.

5.3 Recuperação da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte

Em observância à disposição constitucional²⁹ que determina aos entes políticos a adoção de tratamento jurídico diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei nº 11.101/05 adota para estas um procedimento de recuperação especial, disciplinado nos arts. 70 e seguintes.

O conceito legal de microempresa e empresa de pequeno porte encontra definição em estatuto próprio,³⁰ em que se utiliza o critério da receita bruta anual.³¹ Na nova lei falimentar, prevaleceu a definição legal existente (art. 70), em detrimento de proposições legislativas que utilizavam como critério o número de empregados da empresa (SZKLAROWSKY, *op.cit.*, p. 22).

No capítulo que trata da recuperação especial das microempresas e empresas de pequeno porte, destaca-se o fato de esta modalidade de recuperação não suspender a prescrição ou o curso das ações e execuções contra o devedor (art. 70, parágrafo único), de abranger apenas os créditos quirografários (art. 71, inc. I) e de dispensar a aprovação da Assembléia-Geral de Credores, podendo ser aprovada apenas pelo magistrado (art. 72).

Julgado improcedente o plano de recuperação especial, o juiz decretará a falência do devedor, conforme preceitua o art. 72, §1º.

6 Falência

Durante a tramitação do Projeto de Lei que culminou na Lei nº 11.101/05, chegou-se a sugerir uma alteração de nomenclatura da expressão "falência" para "liquidação judicial", tendo em vista a concepção que buscava afastar o estigma negativo de que se revestia aquele termo. Tal alteração, entretanto, restou afastada, sobretudo porque a expressão "liquidação judicial" referia-se apenas a uma das fases do processo falimentar, e, além disso, tal expressão poderia ser confundida com outras modalidades de liquidação, que não necessariamente implicam a falência da empresa.³²

Logo nos dispositivos iniciais do Capítulo que trata da falência (art. 75, *caput*), a nova lei revela a preocupação com a preservação da estrutura empresarial como fonte de produção e desenvolvimento, quando afirma que esse processo tem por finalidade "*promover o afastamento do devedor de suas atividades*" além de "*preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa.*"

Outra interessante inovação da nova lei é a definição do limite mínimo de 40 salários-mínimos da obrigação não paga - materializada em título ou títulos executivos protestados - para que o credor possa requerer a declaração de falência da empresa devedora, conforme dispõe o art. 94, inc. I. Tal alteração tem por objetivo evitar a instauração de processo falimentar com caráter de cobrança. Não obstante o limite legal, facultou-se aos credores a reunião em litisconsórcio a fim de perfazer o limite mínimo para o pedido de falência com fundamento na impuntualidade do devedor (art. 94, §1º).

6.1 Classificação dos créditos na falência³³

A alteração da ordem de classificação dos créditos falimentares é provavelmente o ponto da nova lei falimentar que tem gerado os mais acirrados debates doutrinários. A controvérsia, todavia, refere-se muito mais ao questionamento dos motivos que inspiraram a referida alteração do que à aplicabilidade da norma em si.

O quadro abaixo permite realizar uma análise comparativa entre a classificação dos créditos falimentares que vigorava na lei anterior (Decreto-Lei 7.661/45) e a atualmente vigente (Lei nº 11.101/05):

A primeira alteração em relação à classificação anterior diz respeito à criação dos créditos extraconcursais. Recebem essa denominação aqueles créditos que não fazem parte do "concurso de credores" e que, por essa razão, preferem a todos os demais créditos. Trata-se de gênero que compreende duas espécies: as despesas relacionadas com a administração da falência (art. 84) e as restituições em dinheiro (art. 86).³⁵

Decreto-Lei 7.661/45	Lei nº 11.101/05
1 - Créditos acidentários: decorrentes de acidentes do trabalho ocorridos antes da decretação da falência.	1 - Despesas com a administração da falência: remuneração do Administrador Judicial e auxiliares, despesas de administração com os bens da massa, etc.
2 - Créditos trabalhistas: salários, férias não gozadas, hora extra, aviso prévio, etc.	2 - Restituições em dinheiro: dentre entre outras, a restituição da importância decorrente de adiantamento a contrato de câmbio para importação;
3 - Créditos fiscais: tributos em geral.	3 - Créditos acidentários e decorrentes da legislação do trabalho: esta nova categoria passou a abranger os créditos acidentários, os créditos trabalhistas limitados a 150 salários mínimos e os derivados da legislação do trabalho. ³⁴
4 - Encargos da massa: tributos provenientes de fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, custas e despesas do procedimentos falimentar, comissão do Síndico, etc.	4 - Créditos com garantia real: hipoteca, penhor, etc.
5 - Dívidas da Massa: custas pagas pelo credor que requereu a falência, obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados pelo Síndico e obrigações resultantes de enriquecimento ilícito da massa.	5 - Créditos fiscais: tributos em geral.
6 - Créditos com garantia real: hipoteca, penhor etc.	6 - Créditos com privilégio especial: o crédito dos autores na falência da editora, o daqueles que têm direito de retenção da coisa dada em garantia, bem como outros assim definidos na legislação.
7 - Créditos com privilégio especial: dentre outros, o crédito o daqueles que tem direito de retenção da coisa dada em garantia, bem como outros assim definidos nas leis civis e comerciais.	7 - Créditos com privilégio geral: os créditos da recuperação judicial, na hipótese de sua convolação em falência, bem como outros assim definidos nas leis civis e comerciais.

8 - Créditos com privilégio geral: definidos pelas leis civis e comerciais.	8 - Créditos quirografários: créditos decorrentes de títulos de crédito, de contratos sem garantia real, de debêntures sem garantia, etc.
9 - Créditos quirografários: cheques, duplicatas, notas promissórias etc.	9 - Multas contratuais: incluem-se nesta categoria as multas contratuais e as penas pecuniárias;
10 - Créditos subquirografários: por exemplo, as debêntures subordinadas (art. 58, §4º da Lei nº 6.404/76);	10 - Créditos subordinados: as debêntures subordinadas (art. 58, §4º da Lei nº 6.404/76), etc.
	11 - Juros posteriores à falência: observada, nesse caso, a mesma ordem de classificação anterior (excetuados os juros das debêntures e dos créditos com garantia real limitados ao valor do bem gravado);

Com relação aos créditos concursais, a principal alteração diz respeito à limitação da preferência aos créditos derivados da legislação do trabalho, que não poderão ultrapassar o valor de 150 salários-mínimos por credor (art. 83, inc. I). O crédito desta natureza que ultrapassar o limite legal ou for cedido a terceiros será considerado quirografário (art. 83, inc. VI e § 4º). Além disso, a nova lei elevou a posição dos créditos com garantia real na ordem de classificação dos créditos na falência, que serão pagos logo após a quitação dos créditos acidentários e decorrentes da legislação trabalhista e antes mesmo dos créditos fiscais.

A alteração da classificação dos créditos concursais é tema controverso, que tem dividido os entendimentos quanto à necessidade e adequação da medida. De um lado, afirma-se que a alteração era necessária para aumentar a estabilidade do sistema financeiro, reduzir os riscos bancários e, em decorrência disto, contribuir para a redução dos juros e para o aumento da oferta de crédito (LUNDBERG, 2003). Em sentido contrário, entende-se que a limitação dos créditos trabalhistas em favor dos créditos com garantia real, e mesmo em detrimento dos créditos fiscais, implica indevido favorecimento ao crédito bancário e não se coaduna com o principal objetivo da lei falimentar, que é a preservação da empresa (BEZERRA FILHO, 2004; CASTELO, 2004).

6.2 Realização dos ativos da empresa

A realização dos ativos da empresa foi provavelmente o ponto que trouxe as mais importantes contribuições para a atualização do sistema falimentar brasileiro. A nova lei cuidou de dispor não apenas da forma,

mas também das modalidades pelas quais poderão ser vendidos os ativos da empresa.

Uma das interessantes inovações do novo diploma legal, que confere aplicabilidade prática ao princípio da conservação da empresa, é a disciplina da forma de realização dos ativos da empresa. A lei estabelece, no art. 140, uma ordem de preferência que deve ser observada pelo Juiz e pelo Administrador Judicial na realização do ativo, qual seja: 1) alienação da empresa como um todo (com todos os seus estabelecimentos em bloco), 2) alienação dos estabelecimentos isoladamente, 3) alienação conjunta de bens da mesma espécie e, finalmente, 4) alienação dos bens individualmente considerados.

Note-se que, ao disciplinar e ordenar a forma de realização dos ativos, a Nova Lei tomou em consideração não apenas o valor dos bens corpóreos, mas também o dos bens incorpóreos da empresa (como o nome empresarial, o ponto comercial, a clientela, as marcas, etc.).

Outra inovação importante, que estimula a realização conjunta dos ativos da empresa,³⁶ é o fato de que o arrematante recebe o objeto da alienação livre de qualquer ônus, não havendo sucessão do arrematante nas obrigações trabalhistas ou tributárias³⁷ do devedor (art. 141, inc. II). Tal efeito não se produz, contudo, se o arrematante for sócio ou parente do falido ou da sociedade falida, bem como nos casos em que se identificar tentativa de fraude (art. 141, §1º).

Na hipótese de venda conjunta, os empregados do devedor contratados pelo arrematante firmarão novos contratos de trabalho, afastando-se, assim, a responsabilidade pelas obrigações decorrentes do contrato anterior (art. 141, §2º).

Além de dispor sobre a forma de realização dos ativos, a lei dispõe, ainda, sobre as diferentes modalidades de alienação dos ativos, conforme dispõe o art. 142. São elas: 1) Leilão (nos moldes da legislação anterior), 2) Propostas Fechadas ou 3) Pregão (modalidade híbrida das anteriores). Ressalte-se que as duas últimas modalidades seguem, respectivamente, regras bastante semelhantes às das Leis 8.666/93 e 10.520/02.

Por fim, outra inovação digna de nota é a dispensa da apresentação de certidões negativas para a realização dos ativos da massa falida, conforme o art. 146 da nova lei.

7 Conclusão

A nova lei consagra inovações importantes e reafirma a concepção da empresa como fonte de produção e desenvolvimento, concepção esta já consagrada em nosso ordenamento constitucional. Com isto, reconhece a função social da empresa e orienta-se no sentido de conservá-la.

Por certo que o recente dispositivo legal suscita uma série de questões polêmicas e carece de alguns ajustes. Entretanto, tais ajustes só

poderão ser realizados com segurança após a verificação da aplicabilidade prática das normas recém instituídas.

Sem a pretensão de esgotar a análise do tema, espera-se que o presente trabalho auxilie na compreensão do novo diploma legal e contribua para estimular e aprimorar o debate e acerca de suas principais inovações.

Notas

- * Pela inestimável contribuição durante a revisão do presente trabalho, o autor agradece às colegas Bruna Carneiro Tavares Nunes, Janiele Queiroz Mendes, Roberta Lima Vieira e Tatiana Lykie Assao Garcia. Agradecimentos também ao apoio prestado pela coordenação da célula de Desenvolvimento Urbano e Parcerias da GEAJU, exercida pela Dra. Isabella Gomes Machado, bem como ao Conselho Editorial da Revista da ADVOCEF pela oportunidade de publicar o presente trabalho.
- 1 Confira o referido autor para uma interessante análise da evolução histórica do direito falimentar.
 - 2 Citem-se, a título de exemplo, a França, a Alemanha e os Estados Unidos (OLIVEIRA, op. cit., p. 689-690).
 - 3 Conforme preceitua o art. 170, *caput*, da Constituição da República.
 - 4 V. arts. 47 e 75 da referida lei: "Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". "Art. 75. A falência, ao promover o afastamento do devedor de suas atividades, visa a preservar e otimizar a utilização produtiva dos bens, ativos e recursos produtivos, inclusive os intangíveis, da empresa".
 - 5 A Teoria da Empresa, cuja formulação é atribuída ao doutrinador italiano Alberto Asquini, ocupou o lugar da Teoria dos Atos de Comércio, de origem francesa. A Teoria da Empresa compreende a empresa sob quatro perfis distintos: o perfil subjetivo (que se confunde com a pessoa do empresário ou da sociedade empresária, que deve exercer a atividade com profissionalismo), o perfil objetivo ou patrimonial (representado pelo complexo de bens materiais e imateriais da empresa), o perfil funcional (que se vincula à atividade econômica exercida pela empresa) e o perfil corporativo (diz respeito à organização e à estrutura hierárquica da empresa).
 - 6 Aqui, vale mencionar a acertada crítica do professor Vinicius Gontijo (*op. cit.*), que afirma que a nova lei confunde a responsabilidade patrimonial com a responsabilidade pessoal do sócio de responsabilidade ilimitada. A rigor, tal sócio deveria suportar apenas a responsabilidade patrimonial pela falência da sociedade, sendo atribuíveis apenas à ela, sociedade, todos os efeitos pessoais (como a inabilitação para o exercício de atividade empresarial, do art. 181). Ao ignorar tal distinção, a nova lei cria verdadeira hipótese de desconsideração "automática" da personalidade jurídica no processo falimentar, pautada única e exclusivamente no fato de ser ilimitada a responsabilidade do sócio.

- 7 Cumpre ressaltar, entretanto, que alguns autores entendem ser inconstitucional o art. 2º da Nova Lei, por afronta ao art. 173 da Constituição da República, que veda a criação de privilégios às empresas estatais não extensíveis às empresas privadas.
- 8 O art. 197 afirma que a Nova Lei Falimentar aplica-se subsidiariamente aos regimes previstos no Decreto-Lei nº 73/66 (Sistema Nacional de Seguros Privados), na Lei nº 6.024/74 (Intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras), no Decreto-Lei nº 2.321/87 (Regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais), e na Lei no 9.514/97 (Sistema de Financiamento Imobiliário).
- 9 Conforme dispõe o art. 59 da lei falimentar.
- 10 A Nova Lei de Falências prevê, em seu art. 50, diversos meios de recuperação judicial. Embora a lista seja extensa, trata-se de rol meramente exemplificativo, uma vez que o *caput* do artigo contém a expressão "dentre outros", o que favorece a busca por alternativas consensuais para a satisfação das obrigações em que é devedora a empresa.
- 11 O parágrafo único do art. 48 estende a legitimidade para propor a ação de recuperação judicial também ao cônjuge sobrevivente, aos herdeiros do devedor, ao inventariante ou ao "sócio remanescente". Segundo o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2005, p. 126), a expressão "sócio remanescente" deve ser lida como "sócio minoritário".
- 12 O art. 51 estabelece os requisitos da petição inicial de recuperação judicial.
- 13 O art. 3o da lei define o juízo competente para julgar as ações de recuperação judicial e de falência.
- 14 O rol de providências que deverão ser adotadas pelo juiz consta do art. 52.
- 15 Figura análoga à do síndico na legislação falimentar anterior. A nova lei confere caráter profissional ao Administrador Judicial, que poderá ser advogado, economista, administrador de empresas, contador ou pessoa jurídica especializada. O Administrador Judicial mantém as principais funções anteriormente exercidas pelo síndico, mas possui responsabilidades ampliadas na elaboração do quadro geral de credores. As atribuições do Administrador Judicial estão definidas nos arts. 21 e seguintes da lei falimentar.
- 16 O art. 6º, §4º, determina que o prazo de suspensão não excederá, em nenhuma hipótese, 180 dias contados da data do deferimento da recuperação judicial. Após esse prazo, restabelece-se o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.
- 17 Razão pela qual questiona-se, inclusive, se tal disposição não seria lesiva ao direito ao livre exercício de atividade econômica, constitucionalmente assegurado no art. 170, parágrafo único, da Constituição da República.
- 18 Parte da doutrina chegou a sugerir medidas mais ousadas com relação às dívidas tributárias na recuperação judicial, como a possibilidade de exclusão do crédito tributário, com a consequente alteração do art. 175 do CTN (LOBO, 2004). Tal alteração, entretanto, não restou consagrada pelo legislativo, que limitou-se a permitir o parcelamento dos débitos.
- 19 A Assembléia-Geral de Credores é órgão de deliberação que deve ser ouvido em qualquer questão que afete o interesse dos credores, especialmente quanto à realização do ativo e

- o plano de recuperação judicial. A lei disciplina a AGC nos arts. 35 e seguintes.
- 20** O plano de recuperação judicial deverá conter a descrição dos meios de recuperação utilizados, a demonstração de viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, na forma do art. 53.
- 21** O Comitê de Credores é órgão de constituição facultativa, cuja criação depende de deliberação pela AGC, e que possui funções essencialmente fiscalizatórias. Na ausência do Comitê de Credores é o Administrador Judicial quem exerce as suas funções. A composição e o funcionamento do Comitê estão disciplinados nos arts. 26 e seguintes da lei falimentar.
- 22** O art. 41 da lei estabelece três classes de credores: I - titulares de créditos derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho; II - titulares de créditos com garantia real; e III - titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados. Tais classes não devem ser confundidas com as classes representadas no Comitê de Credores, do art. 26.
- 23** Uma vez que também o era antes do advento do Decreto-Lei nº 7.661/45.
- 24** Tal dispositivo estabelece que a recuperação extrajudicial " *não implica impossibilidade de realização de outras modalidades de acordo privado entre o devedor e seus credores.*"
- 25** Este ponto tem merecido críticas da doutrina especializada, uma vez que, na prática, a homologação judicial acabaria se tornando obrigatória (SZKLAROWSKY, *op. cit.*, p. 21). Ressalte-se, entretanto, que na hipótese do art. 162, isto é, quando o plano contiver a assinatura de todos os credores por ele abrangidos, a homologação será facultativa, uma vez que, nesse caso, todos os credores já estarão vinculados ao plano por sua própria manifestação de vontade (COELHO, *op. cit.*, p. 397-398).
- 26** Trata-se dos créditos de que tratam os artigos 49, §3º e 86, inc. II, já mencionados anteriormente.
- 27** O art. 163 dispõe que plano deverá ter sido aprovado por, no mínimo, 3/5 de todos os créditos de cada espécie abrangida, e poderá abranger a totalidade de uma ou mais espécies do art. 83, incisos II, IV, V, VI e VIII, que correspondem aos seguintes créditos: créditos com garantia real (inc. II), créditos com privilégio especial (inc. IV), créditos com privilégio geral (inc. V), créditos quirografários (inc. VI) e créditos subordinados (inc. VIII).
- 28** Trata-se de pressuposto processual de validade da ação de homologação do plano de recuperação extrajudicial, sem o qual não poderá ser admitido o pedido.
- 29** Preceitua o art. 179 da Constituição da República: " *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.*". No mesmo sentido dispõe o art. 170, inc. X, quando inclui dentre os princípios da ordem econômica o " *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*"
- 30** Trata-se da Lei nº 9.841/99, que instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

- 31 Atualmente, os valores máximos são de R\$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e quatorze centavos) para microempresas e R\$ 2.133.222,00 (dois milhões, cento e trinta e três mil, duzentos e vinte e dois reais) para empresas de pequeno porte, conforme o Decreto 5.028/04.
- 32 Cite-se como exemplo a liquidação judicial de Sociedade Anônima, do art. 206, inc. II, da Lei nº 6.404/76
- 33 Para uma análise mais detalhada sobre o tema, confira o trabalho de Castro (2004).
- 34 Fábio Ulhôa Coelho (*op. cit.*), ao comentar o art. 83 da Nova Lei, afirma que os créditos decorrentes da legislação do trabalho abrangem inclusive os créditos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, o que autorizaria a Caixa Econômica Federal a habilitar-se na falência para pleitear os depósitos devidos ao Fundo.
- 35 A criação dos créditos extraconcursais e, principalmente, a inclusão das despesas com a administração da falência nesta categoria são medidas que revelam a preocupação do legislador em conferir à atividade de administração dos ativos da massa um caráter mais profissional, permitindo que tal atividade seja explorada com finalidade lucrativa por empresas e profissionais especializados.
- 36 Ressalte-se, por oportuno, que esse efeito também se produz na alienação separada de ativos.
- 37 Em relação aos créditos tributários, é importante mencionar a edição da Lei Complementar nº 118/05, que possibilitou as inovações trazidas pela nova Lei Falimentar, ao excluir a responsabilidade do adquirente de estabelecimento comercial nos processos de falência ou de recuperação judicial. Para uma análise mais detalhada acerca da nova situação do crédito tributário na nova Lei de Falências e das principais alterações trazidas pela Lei Complementar nº 118/05 cfr. a obra de Pacheco (2005).

Referências

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Exame crítico do projeto da lei de falências: "recuperação de empresa" ou "recuperação do crédito bancário". **Revista dos Tribunais**, v. 93, n. 822, p. 128-138, abr. 2004.

CASTELO, Jorge Pinheiro. A nova lei de falências : por que os bancos querem intervenção estatal protetiva? **Consulex: Revista Jurídica**, v. 8, n. 182, p. 52-58, ago. 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. A ordem de preferência na nova Lei de Falências. **Revista Jurídica**, São Paulo, v. 52, n. 325, p. 88-97, nov. 2004.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005

GONTIJO, Vinícius José Marques. **Nova Lei de Falências**. Exposição oral ministrada no Curso PRAETORIUM - Brasília, nos dias 28 a 29 de setembro de 2005.

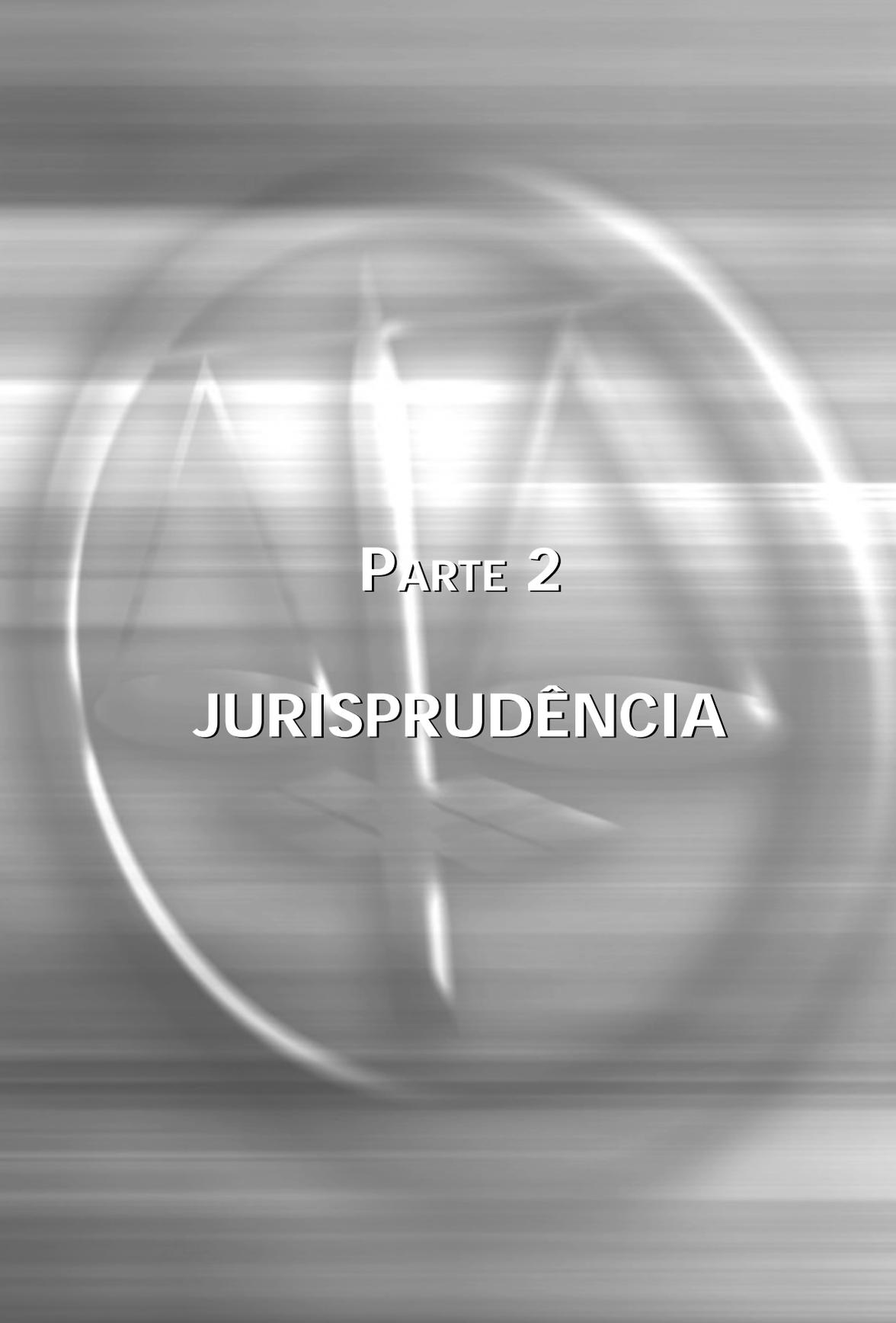
LOBO, Jorge. A recuperação judicial da empresa e o perdão do crédito tributário. **Doutrina Adcoas**, v. 7, n. 14, p. 271-272, 2. quin. jul. 2004.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Direito falimentar brasileiro. **Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual penal e comercial**, n. 23, p. 693-682, 1. quinz. dez. 2004.

PACHECO, José da Silva. Dos credores e seus créditos na recuperação judicial, extrajudicial e falência conforme o

substitutivo aprovado no Senado. **ADV Advocacia dinâmica: boletim informativo semanal**, v. 24, n. 45, p. 691-688, 14 nov. 2004.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A recuperação da empresa na nova lei de falências. **Consulex: Revista Jurídica**, v. 7, n. 156, p. 14-28, jul. 2003.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Superior do Trabalho

Sigilo bancário. Inspeção interna. Impossibilidade de materialização do ilícito no âmbito interno do banco detentor dos dados e informações.

EMENTA OFICIAL

DANO MORAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DO ILÍCITO NO ÂMBITO INTERNO DE BANCO.

1. O sigilo bancário, na definição da doutrina, é a obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados pertinentes a seus clientes, que, como consequência das relações jurídicas que os vinculam, sejam de seu conhecimento.

Confunde-se, nesse sentido, com o dever de segredo profissional e constitui desdobramento do direito à privacidade, amparável pelo art. 5º, X, da CF e pela Lei nº 4.595/64.

2. Pretendeu-se conferir ao sigilo bancário dimensão constitucional específica, com proposta de emenda (PEC nº 139/84) que previa alteração do art. 153, § 9º, da Constituição Federal de 1967/69, com a seguinte redação: "É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base oponível para a tributação". No entanto, foi a proposta rejeitada, permanecendo sob o pálio da tutela genérica do direito à intimidade, prevista na Carta Política de 1988.

3. Ora, o sigilo bancário tem por guardião o próprio banco, que registra as informações de movimentações feitas pelos seus correntistas, às quais seus gerentes e funcionários têm acesso pelo simples exercício de suas funções.

4. Assim, a quebra desse sigilo só pode se referir a pedido de acesso a informações bancárias formulado por entidade não bancária. E, como decorrência lógica, o ilícito só se dará se o banco fornecer os dados de que dispõe sem a necessária autorização judicial. Daí que, se o banco tem total conhecimento da movimentação bancária de seus correntistas, impossível se torna a materialização do ilícito de quebra de sigilo em relação ao próprio banco. Apenas se houver exteriorização da informação é que a quebra se materializará.

5. "In casu", o TRT registrou que o pedido de indenização por dano moral formulado pela Reclamante decorreu de auditoria interna do Banco em que trabalhava, amparada no art. 508 da CLT, pela qual foram emitidos extratos bancários dos empregados da agência em que estava lotada, para verificação da situação financeira de cada um. Consignou, outrossim, a decisão recorrida que não houve divulgação ou publicidade do conteúdo dos extratos. Esta última circunstância fática conduz à conclusão de

que não houve quebra do sigilo bancário, já que o Banco não revelou a terceiros (entidades ou pessoas que não pertençam ao banco) o conteúdo dos extratos, o que afasta o direito à pretendida indenização.

Recurso de revista conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-611/2003-029-12-00.5, em que é Recorrente WANDERLI FERREIRA DA SILVEIRA e Recorrido BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S.A. - BANESPA. DJU - 09.09.2005 - 4ª Turma. Min. Ives Gandra Martins Filho, Relator-designado.

RELATÓRIO

"O TRT da 12ª Região, pelo acórdão de fls. 116/120, deu provimento ao recurso ordinário do reclamado para determinar a exclusão do pagamento dos danos morais decorrente da quebra de sigilo bancário.

O reclamante interpõe recurso de revista às fls. 126/128, com arrimo nas alíneas "a" e "c" do artigo 896 da CLT. Aponta violação expressa de lei, bem como divergência com os arestos que traz para confronto.

A revista foi admitida pelo despacho de fls. 152/154.

Contra-razões foram apresentadas às fls. 156/167.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do artigo 82 do Regimento Interno do TST".

É o relatório, adotado na forma regimental.

VOTO

I) CONHECIMENTO

DANO MORAL - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.

Adoto os fundamentos do ilustre Ministro Barros Levenhagen quanto à prefacial de incompetência da Justiça do Trabalho e ao conhecimento do recurso de revista:

"Não se sustenta a preliminar de incompetência da Justiça do Trabalho, para examinar pedido de indenização por dano moral, reiterada em contra-razões, tendo em vista achar-se a matéria consolidada no âmbito desta Corte, por meio da OJ 327 da SBDI-I, segundo a qual nos termos do artigo 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.

O Colegiado de origem, afastando a configuração do dano moral decorrente da retirada dos extratos bancários, por ocasião da realização de auditoria no banco com o intuito de verificar a situação financeira dos funcionários, consignou:

A indenização por danos morais somente é devida quando o trabalhador tenha sofrido, por parte do seu empregador, tratamento humilhatório capaz de gerar seqüelas na vida profissional, tendo em vista que a honra e a imagem de qualquer pessoa são invioláveis (art. 5º, inc. X, da Constituição da República). No caso em tela, ainda que se admitisse a quebra de sigilo bancário, a Reclamante não provou nenhum abalo sobre sua reputação ou seqüela moral decorrente desse fato, muito menos a ocor-

rência de um comportamento hostil, desrespeitoso e admoestador por parte do Recorrido.

Não houve divulgação do conteúdo dos extratos, porquanto a sua publicidade restringiu-se ao âmbito interna corporis do próprio Banco pagador, onde o Demandante trabalha e tem conta corrente. (fls. 119) A decisão recorrida ao registrar que a auditoria interna realizada pelo reclamado não gerou seqüelas na honra e imagem do autor perante terceiros, deixou claramente subentendida a tese da licitude da quebra do sigilo bancário. Afastada a incidência da Súmula nº 126 do TST, por não haver necessidade de reexame de fatos e provas, o recurso logra conhecimento, por divergência jurisprudencial, com o aresto de fls. 129, no qual adotou-se a tese antagônica de a investigação da movimentação bancária, sem a autorização do titular, em decorrência da realização de inspeção interna, configura a quebra do sigilo bancário e caracteriza o dano moral."

II) MÉRITO

DANO MORAL - QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

O sigilo bancário, na definição da doutrina, é a obrigação imposta aos bancos e a seus funcionários de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados pertinentes a seus clientes, que, como consequência das relações jurídicas que os vinculam, sejam de seu conhecimento.

Confunde-se, nesse sentido, com o dever de segredo profissional. Segundo os ensinamentos de Pontes de Miranda, o bem protegido no direito ao sigilo é a "liber-

dade de negação, de oposição à divulgação", como um desdobramento do direito à privacidade. Assim também o definiram os ilustres penalistas brasileiros Nelson Hungria e Magalhães Noronha, no sentido de que a estrutura essencial desse direito reside na faculdade de manter o sigilo e resistir à sua revelação (cfr. Sacha Calmon Navarro Coelho, "Sigilo Bancário e Tributário", "in" III Colóquio Internacional de Direito Tributário, 2001, p. 91-101).

Não obstante a controvérsia secular em torno do fundamento jurídico do sigilo bancário, o certo é que, no sistema jurídico brasileiro, constitui ele garantia legal, inteiramente disciplinada pela Lei nº 4.595/64, e em leis posteriores, que fixam o seu alcance e estabelecem exceções. O art. 38, "caput", da Lei nº 4.595/64 dispõe que:

"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados".

A maioria das exceções ao sigilo bancário consta dos parágrafos desse mesmo art. 38, relativamente às informações e documentos requeridos pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo, inclusive pelas comissões parlamentares de inquérito, e pelas autoridades fiscais, tendo a legislação posterior contemplado outras hipóteses ligadas às requisições do Ministério Público, assunto esse de amplo debate atualmente.

Entretanto, a Lei Complementar nº 105/01 objeto de diversas ações diretas de inconstitucionalidade perante o STF dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras,

autorizando, a exemplo do que ocorre na Itália e nos Estados Unidos, o acesso das autoridades fiscais às informações bancárias dos contribuintes, independentemente de autorização judicial, com o uso exclusivo pela Receita Federal para fins de constituição do crédito tributário, modificando, assim, o art. 38 da Lei nº 4.595/64.

A título comparativo, interessante mencionar que, nos Estados Unidos, o fisco pode solicitar informações diretamente ao contribuinte ou ao banco.

No entanto, o acesso aos dados é feito desde que o contribuinte autorize, podendo ele se opor (direito à negação da informação), propondo ação civil pública para sua anulação, na Corte Federal, e levando a Fazenda a recorrer ao Judiciário para a obtenção de tais informações (Kanabis, Dianne K. e Osteberg Júnior, Edward C. "Sigilo Bancário nos EUA", "in" "Cahiers de Droit Fiscal International", p. 274-278).

Trata-se, portanto, de instituto legal, ao qual já se pretendeu conferir dimensão constitucional, com a proposta de emenda (PEC nº 139/84), que foi rejeitada, e que previa alteração do art. 153, § 9º, da Constituição Federal de 1967/69, com a seguinte redação:

"É inviolável o sigilo bancário, da correspondência e das comunicações em geral. A conta bancária do indivíduo não será objeto de investigação, nem servirá de base oponível para a tributação".

É certo, porém, que a proteção ao sigilo bancário constitui espécie do direito à intimidade consagrado no art. 5º, X, da Constituição Federal, direito esse que se re-

vela uma das garantias do indivíduo contra o arbítrio do Estado.

Ora, o sigilo bancário tem por guardião o próprio banco, que registra as informações de movimentações feitas pelos seus correntistas. O acesso às contas é tão natural internamente que:

a) os gerentes contactam com correntistas para recomendar aplicações ou avisar de saldos negativos e os funcionários dos bancos têm acesso a essas informações, por trabalharem com elas;

b) as contas de empregados são monitoradas, para detectar emissão de cheques sem fundos, que são motivo de dispensa.

Temos como exemplos dessas duas situações os seguintes casos já julgados por esta Corte:

a) não se divisou quebra de sigilo bancário em hipótese inversa, em que o empregado se valeu de prova consistente em cópias de fitas de máquina registradora, com vista à comprovação de horário de entrada e saída para postular horas extras, que continham informações sobre movimentações bancárias de correntistas do banco (cfr. TST-RR-698.861/00.6, Rel. Min. Ives Gandra, "in" DJ de 15/03/02).

b) a exigência de preservação da imagem de idoneidade financeira por parte das instituições bancárias foi considerada como justificadora do controle de eventuais irregularidades financeiras cometidas pelos empregados de Bancos, uma vez que o art. 508 da CLT elegeu como justa causa para os bancários a "falta contumaz de pagamento de dívidas exigíveis" (cfr. TST-RR-350/2002-341-06-00.3, Red. Designado Min. João Oreste Dalazen, "in" DJ de 20/05/05).

Assim, a quebra desse sigilo só pode se referir a pedido de acesso a informações bancárias feito por entidade não bancária. E o ilícito só se dará se o banco fornecer os dados de que dispõe sem a necessária autorização judicial. Portanto, se o banco tem total conhecimento da movimentação bancária de seus correntistas, impossível se torna a materialização do ilícito. Apenas se houver exteriorização da informação é que a quebra se materializará.

"In casu", o TRT registrou que o pedido de indenização por dano moral formulado pela Reclamante decorreu de auditoria interna, pela qual foram emitidos extratos bancários dos empregados da agência em que trabalhava, para verificação da situação financeira de cada um. Consignou, outrossim, o Regional que não houve divulgação ou publicidade do conteúdo dos extratos. Essa última circunstância fática conduz à conclusão de que não houve quebra do sigilo bancário, já que o Banco não revelou a terceiros (entidades ou pessoas que não pertençam ao banco) o conteúdo dos extratos.

Em precedente anterior, esta Turma havia entendido como passível de caracterização o dano moral por quebra de sigilo bancário por parte de banco em relação a contas de seus empregados (cfr. TST-RR-951/2002-029-12-00, Rel. Min. Barros Levenhagen, "in" DJ de 01/07/05). No entanto, o aprofundamento sobre a questão levou à reformulação de posicionamento.

Assim sendo, mantendo a decisão regional que afastou a condenação à indenização por dano moral, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

DECISÃO

ISTO POSTO

Acordam os Ministros da Egrégia 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, vencido o Exmo. Ministro Antônio José de Barros Levenhagen.

Brasília, 24 de agosto de 2005.

Ives Gandra Martins Filho,
Relator-designado.

Superior Tribunal de Justiça

Execução fiscal do FGTS. Convênio entre a PGFN e a Caixa Econômica Federal. Lei 8.844/94 modificada pela Lei 9.467/97. Legitimidade de representação. Prosseguimento da execução.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. FGTS. EXECUTIVO FISCAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. SUBSTITUTO PROCESSUAL.

1. A Lei nº 8.844, de 94, em seu art. 2º, redação da Lei nº 9.467, de 97, autoriza a Fazenda Nacional a celebrar convênio com a Caixa Econômica Federal para, como substituto processual, promover execução fiscal para cobrar FGTS.

2. Convênio celebrado e publicado no DOU de 11.07.97.

3. Execução fiscal promovida em 11.05.98.

4. Embargos de divergência providos para reconhecer, conforme o paradigma apresentado, que a Caixa Econômica Federal está legitimada, em nome da Fazenda Nacional, para promover execução fiscal visando exigir FGTS.

ED em RESP Nº 537.559 - RJ (2005/0018733-0) - Primeira Seção - STJ - j. 09.11.2005 - Rel. Min. José Delgado - DJU 05.12.2005.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e lhes

dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto. Brasília (DF), 09 de novembro de 2005 (Data do Julgamento). MINISTRO JOSÉ DELGADO, Relator.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP N. 537.559 - RJ (2005/0018733-0)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator):

Os embargos de divergência em exame (fls. 85/93), de autoria da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF foram admitidos para apreciação, por decisão de minha relatoria assim posta (fls. 109):

"Vistos, etc.

A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL CEF interpõe embargos de divergência em face de acórdão proferido pela Segunda Turma desta Corte, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, DJU 06.12.2004, cuja ementa é a seguir transcrita (fl. 83):

"PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - COBRANÇA DE DÍVI-

DAS PARA COM O FGTS - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA CEF.

1. Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos relativos ao FGTS, bem como a representação judicial e extrajudicial para a cobrança das suas contribuições, multas e demais encargos previstos na legislação respectiva.

2. Recurso especial improvido."

Alega a CEF que possui legitimidade para propor execução fiscal referente a débitos do FGTS em nome da Fazenda Nacional, tendo em vista a celebração do convênio entre ambos.

Para configurar a divergência, colaciona como paradigma acórdão prolatado pela 1ª Turma, de seguinte teor:

- CC 40.295/BA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. 26.02.2004 (fl. 99/104):

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA DE FGTS. INSCRIÇÃO DA DÍVIDA PELA FAZENDA NACIONAL. COBRANÇA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EXECUTIVO DA UNIÃO. JUÍZO ESTADUAL INVESTIDO DE JURISDIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 3/STJ.

1. A dívida para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS é inscrita e cobrada pela Fazenda Nacional, que pode, por autorização legal (Lei 8.844/94 modificada pela Lei 9.467/97), mediante convênio, ser cobrada pela Caixa Econômica Federal. Isso não descaracteriza o executivo fiscal como sendo da União.

2. Os executivos fiscais da União, ajuizados contra devedores domiciliados nas comarcas do interior onde não funcionar vara da Justiça Federal serão processados e

julgados pelos juízes estaduais, que agem com jurisdição federal delegada.

3. Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível e da Fazenda Pública de Juazeiro - BA, o suscitado."

Relatados, decido.

Do cotejo entre os acórdãos, verifico a comprovação da divergência pretoriana relativa à legitimidade da CEF para propor a execução fiscal de débitos do FGTS. Admito, assim, os embargos para que se dirima a controvérsia apontada no âmbito da Primeira Seção desta Corte.

Intime-se a parte embargada para, querendo, apresentar impugnação no prazo legal.

Conforme certidão acostada à fl. 111, a parte recorrida não foi intimada da vista para impugnação, uma vez que não consta da autuação o nome do patrono que a representa.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator): O acórdão embargado definiu que compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em dívida ativa dos débitos relativos ao FGTS, bem como a representação judicial e extra-oficial para cobrança de suas contribuições.

A decisão referida está sustentada em precedentes, a saber:

a) Resp 68.309/RJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 2ª T, DJ 22.11.99, p. 153:

"CONTRIBUIÇÕES DO FGTS. COMPETÊNCIA DA COBRANÇA. LEI 8.844/94.

1. Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos relativos ao FGTS, bem como a representação judicial e extrajudicial para a cobrança das suas contribuições, multas e demais encargos previstos na legislação respectiva.

2. Recurso especial conhecido e provido."

b) Resp 68.881/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, DJ de 13.11.95, p. 38.645:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. PESSOA JURÍDICA. DATA DO FATO GERADOR. PERÍODO-BASE. INAPLICABILIDADE DO DECRETO-LEI 2.065/1983. CTN, ARTS. 114 E 116. DECRETO-LEI 5.844/1943.

1. O FATO GERADOR DO IMPOSTO DE RENDA IDENTIFICA-SE COM A AQUISIÇÃO DA DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU JURÍDICA DO RENDIMENTO, CONTINUANDO ATÉ O ENCERRAMENTO DO SEU CICLO (ART. 116, I).

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO AO EXERCÍCIO SOCIAL, CONSIDERADO O PERÍODO-BASE, QUANDO SE CONSUMAR O FATO GERADOR.

2. POR ESSAS ESTRIAS, O DECRETO-LEI 2.065/1983, INTRODUZINDO ALTERAÇÕES NA ALÍQUOTA E NA BASE DE CÁLCULO, NÃO ALCANÇA O PERÍODO-BASE, CORRESPONDENTE AO EXERCÍCIO FINANCEIRO ENCERRADO POR INCONTESTADO BALANÇO. AFINAL, O LANÇAMENTO DEVE REPORTAR-SE À DATA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA, REGENDO-SE PELA LEI ENTÃO VIGENTE, SOMENTE MODIFICADA POSTERIORMENTE.

3. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

4. RECURSO IMPROVIDO."

Ainda: Resp's 205.406/RJ; 250.815/RJ e 250.822/RJ.

A Caixa Econômica Federal, parte embargante, alega que o acórdão destacado conflita com decisão da 1ª Turma, relatada pelo Min. Teori Zavascki, onde está assentado que "a dívida para com o FGTS é inscrita e cobrada pela Fazenda Nacional, que pode, por autorização legal (Lei 8.844/94, modificada pela Lei 9.467/97), mediante convênio, ser cobrada pela Caixa Econômica Federal".

A divergência está caracterizada. A Caixa Econômica Federal, desde a apelação e o recurso especial, vem alegando ter assinado convênio com a Fazenda Nacional no sentido de ser autorizada a promover execução fiscal para cobrar FGTS.

Os convênios estão, por cópia, às fls. 68/70. Foram assinados e publicados no DOU de 11.07.97.

O acórdão paradigmático está fundado em voto do seguinte teor (fl. 90):

"A execução foi proposta para a cobrança de créditos oriundos de dívida da empresa para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS (Certidão de Dívida Inscrição de fl. 6). A Lei 8.844/94, em seu art. 2º (com a redação dada pela Lei nº 9.467/97) estabelece que:

"Art. 2º Compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição em Dívida Ativa dos débitos para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, bem como, diretamente ou por intermédio da Caixa Econômica Federal, mediante convênio, a representação judicial e extrajudicial do FGTS, para a correspondente cobrança, relativamente à contribuição e às multas e

demais encargos previstos na legislação respectiva."

A inteligência desse dispositivo legal revela que: a) a dívida para com o FGTS tem inscrição feita pela Fazenda Nacional e b) a representação judicial para a cobrança dessa dívida pode ser feita tanto pela própria Fazenda Nacional, quanto pela Caixa Econômica Federal, mediante convênio. Portanto, cumpre à Fazenda Nacional cobrar a dívida para com o mencionado fundo, e, por autorização legal, pode delegar essa incumbência à CEF. Em outras palavras, quem deve ao FGTS será cobrado pela Fazenda Nacional, que cobra a dívida diretamente ou manda a Caixa Econômica Federal cobrar. Assim, a execução fiscal é da União e não da Caixa, que é, nesse caso substituta processual da Fazenda Nacional."

Realmente, o art. 2º da Lei 8.844, de 1994, em seu artigo 2º, com a redação que lhe deu a Lei nº 9.467, de 1997, consagra o entendimento do acórdão divergente, cujos fundamentos e conclusão, a meu pensar, devem prevalecer.

No caso examinado, a Caixa comprovou a existência do convênio. Como afirmado no acórdão divergente, ela atua como substituta processual da Fazenda Nacional, tudo amparado por lei específica.

Nessa linha de raciocínio, decidi a 2ª Turma no CC nº 25.778/PR, aprovando voto com a fundamentação, no que interessa, do teor seguinte:

" ...

Ora, se a Caixa Econômica Federal ajuizou a ação de execução fiscal tendo como causa de pedir o objeto do convênio acordado com a Fazenda Nacional, é de se reconhecer que ela está atuando em juízo como substituta processual, portanto, há de ser aplicada à CEF, no caso em exame, a norma legal do art. 15, da Lei nº 5.010/66."

Isso posto, conheço e dou provimento aos embargos para reconhecer a legitimidade da Caixa Econômica Federal para ingressar, em juízo, como substituto processual da Fazenda Nacional, promovendo execução fiscal para cobrança do FGTS.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e lhes deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda e Francisco Peçanha Martins votaram com o Sr. Ministro Relator. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília, 09 de novembro de 2005

Zilda Carolina Vêras Ribeiro de Souza, Secretária.

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Belo Horizonte (MG)

Revisão de contratos do SFH. Obrigatoriedade do pagamento da parcela incontroversa e depósito dos valores controvertidos ou depósito total das parcelas mensais para impedir o registro do nome do mutuário inadimplente nos cadastros de restrição ao crédito. Lei 10.931/04.

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. SFH. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA DETERMINANDO A SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO CONTRATO. LEI 10.931/04. EXCLUSÃO DO NOME DO MUTUÁRIO INADIMPLENTE DE CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. NECESSIDADE DE DEPÓSITO DO MONTANTE CONTROVERTIDO. DISPENSA DO DEPÓSITO MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA.

1 - Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, de acordo com a Lei nº 10.931/04, a regra é a continuidade do pagamento do valor incontroverso, podendo a exigibilidade do valor controvertido ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

2 - Poderá o Juiz dispensar o depósito mencionado em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto (Lei nº 10.931/04, art. 50, § 40).

3 - De acordo com a orientação adotada pela Segunda Seção do STJ, para o impedimento do registro do nome de devedores nos cadastros restritivos de crédito, faz-se necessária a presença concomitante de três condições, quais sejam: a existência de ação proposta pelo devedor contestando o débito integral ou parcialmente; haja a efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o devedor valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea.

4 - Recurso parcialmente provido, para condicionar o sobrestamento da execução do contrato de mútuo habitacional e a não inserção do nome do recorrido em serviços de proteção ao crédito, ao depósito judicial mensal das prestações do financiamento, no montante exigido pela ré ou arbitrado pelo Juiz de 1ª instância em decisão fundamentada.

Processo nº 2003.38.00.746218-5 (origem nº 2003.38.00.728104-0) - JEF MG - 1ª Turma Recursal - j. 03-

11-2005 - Rel. Juiz Renato Martins Prates - DJ 22-11-2005, p. 71.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

O Exm^o. Sr. Juiz RENATO MARTINS PRA TES (Relator): -

A Caixa Econômica Federal interpôs recurso fundado no disposto no artigo 5^o da Lei n^o 10.259/2001, contra decisão que concedeu a tutela antecipada para determinar que a ré se abstenha de incluir o nome do autor em cadastros de inadimplentes, bem como de praticar qualquer ato executório do contrato habitacional, até o julgamento da ação.

Sustentou a recorrente que a ordem antecipatória concedida estaria em desacordo com a lei e a jurisprudência. Ressaltou a ausência dos requisitos autorizadores da concessão da ordem antecipatória, enfatizando a falta da verossimilhança das alegações, ante a inadimplência confessada, que a autorizaria a executar o contrato e a tomar todas as medidas a seu alcance.

Conferido efeito suspensivo parcial ao presente recurso, para condicionar o sobrestamento da execução do contrato de mútuo e a não inserção do nome do recorrido em serviços de proteção do crédito, ao depósito mensal das parcelas do financiamento, no momento exigido pela ré ou arbitrado pelo Juiz de 1^a. instância,

observados os padrões de razoabilidade.

É o relatório, em síntese.

VOTO

O Exm^o. Sr. Juiz RENATO MARTINS PRATES (Relator): -

O pedido de concessão de ordem antecipatória da tutela, que determine a suspensão do processo de execução do contrato de financiamento para a aquisição de imóvel habitacional, bem como a exclusão do nome do mutuário dos cadastros de inadimplentes (SERASA, SPC), até o julgamento final da ação em que se discute a revisão das cláusulas contratuais, deve ser examinado em face da redação do art. 273 do CPC, dada pela Lei n^o 10.444/2002, que autoriza o Juiz a conceder, a título de antecipação de tutela, providência de natureza cautelar, em caráter incidental do processo ajuizado, desde que presentes os pressupostos autorizadores da medida.

Quanto à suspensão do processo de execução do contrato, cumpre examinar o artigo 50 da Lei n^o 10.931, de 02 de agosto de 2004, que prescreve o seguinte:

"Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia.

§ 1^o O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

§ 2^o A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa

mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

§ 3º Em havendo concordância do réu, o autor poderá efetuar o depósito de que trata o § 2º deste artigo, com remuneração e atualização nas mesmas condições aplicadas ao contrato:

I - na própria instituição financeira credora, oficial ou não; ou

II - em instituição financeira indicada pelo credor, oficial ou não, desde que estes tenham pactuado nesse sentido."

§ 4º O juiz poderá dispensar o depósito de que trata o § 2º em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto.

§ 5º É vedada a suspensão liminar da exigibilidade da obrigação principal sob a alegação de compensação com valores pagos a maior, sem o depósito do valor integral desta."

Verifica-se, pois, que nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários a regra é a continuidade do pagamento do valor incontroverso, podendo a exigibilidade do valor controvertido ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

Ainda, segundo o dispositivo legal transcrito, poderá o Juiz dispensar o depósito mencionado em caso de relevante razão de direito e risco de dano irreparável ao autor, por decisão fundamentada na qual serão detalhadas as razões

jurídicas e fáticas da ilegitimidade da cobrança no caso concreto.

No caso dos autos, porém, vê-se da decisão recorrida que a ordem de suspensão do processo de execução do contrato foi deferida sem que se determinasse o depósito dos valores controvertidos e sem qualquer fundamentação a demonstrar as relevantes razões a justificar a dispensa do depósito.

No que toca à exclusão do nome dos autores de cadastros de inadimplentes, adoto a recente orientação traçada pela Segunda Seção do STJ, no sentido de que, para o impedimento do registro do nome de devedores nos cadastros restritivos de crédito, faz-se necessária a presença concomitante de três condições, quais sejam: a existência de ação proposta pelo devedor contestando o débito integral ou parcialmente; haja a efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça e, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o devedor valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea.

Confira-se, a propósito, a ementa do acórdão mencionado:

"CIVIL. SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REGISTRO NO ROL DE DEVEDORES. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO.

A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp's ns. 271.214-RS, 407.097-RS, 420.111-RS), e a relativa frequência com

que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso. Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbitrio do magistrado.

O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas.

Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido."

(Resp. 52.7618-RS, 2 Seção do STJ, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 24.11.2003, p. 214)

Do exposto, meu voto é no sentido de DAR PARCIAL PROVIMEN-

TO AO RECURSO para condicionar o sobrestamento da execução do contrato de mútuo habitacional e a não inserção do nome do recorrido em serviços de proteção ao crédito, ao depósito judicial mensal das prestações do financiamento, no montante exigido pela ré ou arbitrado pelo Juiz de 1ª. instância em decisão fundamentada.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia 1ª. Turma ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Decide a Turma, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para condicionar o sobrestamento da execução do contrato de mútuo habitacional e a não inserção do nome do recorrido em serviços de proteção ao crédito, ao depósito judicial mensal das prestações do financiamento, no montante exigido pela ré ou arbitrado pelo juiz de 1ª. instância, nos termos do Voto do Relator"

Participaram da sessão os Juizes Federais, SÔNIA DINIZ VIANA, como presidente, GLÁUCIO MACIEL GONÇALVES e RENATO MARTINS PRATES.

O referido é verdade e dou fé.

Belo Horizonte, 03 de novembro de 2005.

Maria Auxiliadora Ricardo
Secretária

Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Belo Horizonte (MG)

Seguro residencial. Responsabilidade exclusiva da seguradora. Ilegitimidade da CEF. Competência da Justiça Estadual.

EMENTA OFICIAL

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANOS MATERIAIS. CONTRATO DE SEGURO RESIDENCIAL FIRMADO COM A CAIXA SEGURADORA S/A, POR INTERMÉDIO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA CAIXA SEGURADORA S/A. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF ACOLHIDA. CONTRATOS DE MÚTUO HIPOTECÁRIO E DE SEGURO HABITACIONAL DISTINTOS E AUTÔNOMOS. SENTENÇA ANULADA. JUÍZO INCOMPETENTE. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO ESTADUAL COMPETENTE. SEM CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Os autores adquiriram imóvel de terceiros, através de financiamento pela CEF, de parte do valor avençado. Os recorridos contrataram, na mesma data, junto à Caixa Seguradora S/A, seguro habitacional, por intermédio da Caixa Econômica Federal. Aduzem ser a Caixa Econômica Federal responsável solidária pelos danos materiais causados ao imóvel adquirido, uma vez a mesma intermediou a contratação do seguro habitacional com a Caixa Seguradora S/A.

2. A CEF e a Caixa Seguradora S/A são pessoas jurídicas distintas.

A Caixa Seguradora S/A é pessoa jurídica de direito privado, ao passo que a Caixa Econômica Federal é empresa pública federal, com personalidade jurídica de direito privado.

3. A Constituição Federal privilegiou as empresas públicas federais no que se refere ao foro das ações em que figuram como autoras, rés, assistentes ou oponentes. Segundo o art. 109, I, da CF, as empresas públicas federais, quando nessas posições processuais, têm seus litígios processados e julgados pela Justiça Federal. Resta saber, se no caso dos presentes autos, a CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.

4. A seguradora é a pessoa jurídica, previamente autorizada pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, que assume a responsabilidade de garantir a indenização na ocorrência de determinados riscos, mediante um contrato. A CEF apenas participou com o financiamento para a aquisição do imóvel já pronto, através do contrato de mútuo hipotecário. O imóvel segurado, não foi construído pela CEF, apenas foi financiado pela mesma, não havendo como atribuir-lhe a responsabilidade pela execução da obra e/ou a segurança e solidez da construção.

O fato é que os contratos de mútuo e de seguro são diversos, não havendo que se falar, portanto, em litisconsórcio necessário.

5. A CEF é apenas intermediária da relação jurídica entre os mutuários do SFH e a companhia seguradora, sendo parte ilegítima para figurar no pólo passivo de ação judicial que tenha por objeto a cobertura do risco segurado

6. Reconhecida a ilegitimidade passiva ad causam da CEF, impõe-se a nulidade da sentença. Forçoso, portanto, reconhecer a incompetência da Justiça Federal para julgar o feito, razão pela qual há que se declinar da competência, determinando a remessa dos autos para a Justiça Estadual que é a competente para decidir a presente demanda.

7. Preliminar de ilegitimidade ad causam da CEF acolhida. Sem condenação em honorários advocatícios.

2ª TURMA RECURSAL - BELO HORIZONTE. Protocolo: 2004.38.00.801691-0 Natureza: Recurso Contra Sentença Cível Origem JEF: 2002.38.00.700540-4

ACÓRDÃO

Decide a Turma, por unanimidade, acolhendo a preliminar de ilegitimidade passiva da CEF, anular a sentença recorrida, em face da incompetência do Juízo Federal e determinar a remessa dos autos à Justiça Estadual.